

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفى سنة ٥٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الخامس

﴿تنبيه﴾ وضنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرض.

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح مفاصلة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

(باب الصلح)

الصلح مفاصلة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشووزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروى عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الأموال

(مسألة) (والصلح في الأموال قسمان أحدهما صلح على الإقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو بمنحه حقه بدونه)

وجهة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وجهه بعض الدين وطلب منه الباقي صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وقاه فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فصل ذلك قاض

(المنى والشرح الكبير) الخلاف في أن الصلح يكون عند الاقرار أو عند الانكار وأقسامه ٣

تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقاتلوا فاصلحوا بینهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شافي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلف غرماء جابر ليضموه عنه وفي النبي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حذرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى «يا كعب» قال ليك يا رسول الله . فأشار اليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «قم فاعطه» متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله يعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فحق أن لم يترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحاً ، ولم يسم الحرق الصلح إلا في حال الانكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وقاه وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض المدين فهو هبة فلا يسمى صلحاً وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المنى فتفق عليه ، وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها وأعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهكذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض الدين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحاً لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتحكيم اذا كان بموض سمي نيماً وان خلا عن الموض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (علي أن تأجيرني ثماني حجج) وقوله (فهل تجمل لك خرجاً على أن تجمل بيتنا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتمدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم البينة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند المعجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وأبو حنيفة واسحاق وروى عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به ، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأساً بالمعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانها تباعا بالمعروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التججيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تججيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بشترين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بشترين فلم يجز كما لو كانت معينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كيبيع درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى المعروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقية صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلاً اختياراً منه وتبرعاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لنفسه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما الاصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان صالح عن دية الخطأ أو قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷻ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية وانقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يحز ان يصلح عنها باكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او ثمن مبيع ولانه اذا اخذ اكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لما فيكون أكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صالحه بمرض قيمته اكثر منها جاز) لانه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم قصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لانه جاوز عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه يمينا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبني له فوفه غرفة لم يصح) اذا ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه او على ان يبني له ثم على ان يسكنه سنة لم صح لانه يصلحه عن ملكه على ملكه او منفعة وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انزعه منه لانه اعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان قل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجوع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آتته، وان اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز وان بنى الترفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج ان يملك نقضه كقولنا في الناصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح) لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض (مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجة لم يصح)

لا يجوز الصلح بل ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فيصالحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بموض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجة لانه صلح يحل حراما ولانها لو أرادت بذل نفسها بموض لم يحز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها فقيه وجهان (احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لاقتداء المؤمنين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البض من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى يمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة إلى اقتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأن المدعي يأخذ عوضاً عن حقه من النكاح فجاز كموض الحلم والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبت الزوجية بإقرارها أو بينة فإن قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وإن قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضاً لما ذكرنا ، واحتمل أن تين منه بأحد الموضين لأنه أخذ الموض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية فخلعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتزول عن دعواها لم يحجز لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره ، وإن دفعت إليه مالا ليقرب بطلاقها لم يحجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه المودبة إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بيمين يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بتقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بمائة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بمروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فتكون إجارة لها حكم سائر الإجازات فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انقضت الإجارة ورجع بما صالح عنه ، وإن تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انقضت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمته وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فإن انقضى النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزوجه نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في ميمها فتين أنه ليس بسبب رجعت بارشه لا بغير مثلها)

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فإن كان المعترف به غيباً في ميمها فإن أنه ليس بسبب كياض في عين العبد ظنته عى رجعت بارشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بغير مثلها فإن لم يزل العيب ولكن انقضى نكاحها بما يسقط صداقها رجعت عليها بارشه

الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له وبذلك فيه أحكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يحز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدن) وقد نهى الفارغ عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللصالح استيفاء منفته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة صح عتقه لانه مملوك صح يسه فصح عتقه كثيره، وللصالح أن يستوفي قومه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك قومه لغيره فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقة والتافهم حينئذ مملوكه لغيره فلم تلق منافاه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا او مقطوع الدين او أمة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقضى ازالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد ولا آخر بمنفته فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقضى زوال الملك عن المنفعة قلنا أما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكه له أما اذا كانت مملوكه لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بوجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد الموضع ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد مملوكا عيا نقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيها اذا خرج مستحقا أو مملوكا كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يحز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يحز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع مالم يسع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليس اليه قارعة صح لان قطع جميع الزرع مستحق لنصفه بحكم الصلح والباقي لتفريق الأرض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرطاً القطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوطان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الحرق في الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس يبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

(مسئلة) (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للعاجلة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحد في الرجل يصلح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز خبطة بقفيز شمير وطحننا فان عرف قيمة دقيق الخبطة ودقيق الشمير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء. ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا ينه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصلح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا ينه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع اليمين واليمين لا يصح على مجهول

ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في موارث درست « استهما وتوخيا وليحلل احدهما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالمتاع ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينه فلان يصح مع الجهل اولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلها طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يحز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه فرع يسم وانما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع يبيع فان البيع يصح في المجهول عند الحاجة كيبيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لتلفه بتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح . اذا ثبت هذا فمتى كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث دارسة وحقوق سالفة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يحز مع الجهالة ولا بد من العلم به لأن تسليمه واجب والجهالة تنمعه وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنها معرفته كتركة موجودة أو يلمه الذي هو عليه ويجبهه صاحبه فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يملكه المدعى عليه فيصالحه على بعضه فإن كان يعلم ما عليه فجده فالصلح باطل)

وجله ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عارض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فإن قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاستطاع يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه (الثاني) أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس مانع فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا قاتلهم يبيعون لمن له حق فيجده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلا يحل برضاه

انصلح عليه مع الجهل قال أحمد إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح إنما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الزبيبة كلها قال وإن ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك ففعلوا لبعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم أكره ذلك، ولا يشتري منها شيئا وهي لا تعلم لها نظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، إنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخرة لا يعلمه فيصالحه قلنا إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة الحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام فتح أمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم يصالحه على من فيصح ويكون يباع في حق المدعي حتى أن وجد بما أخذه عينا منه رده وفسخ الصلح)

الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عارض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فإن قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا (الفتي والشرح الكبير) (٢) (الجزء الخامس)

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفع الشرع عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الإفراق، بحقيقته أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لئله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يستد أن يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أخذ المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا هنا. إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي مستقداً أن ما ادماه حق والمدعى عليه يستد أن لا حق عليه في دفع إلى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحساكم فإن ذوي النفوس النريفة والروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم يذل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنه الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادماه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه محل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه محل للموهوب له ما كان حراماً عليه الثاني أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح القاسد محل الحرام وإنما منشاء ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا قاتهم يبيعون لمن له حق يجعده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن محل برضاء وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الإفراق، بحقيقته أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لئله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون يما في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموقود شقصاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادماه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يستقده أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها بمن هي عنده فلم يكن يماً كاسترجاع المدين المنصوبة، فلما ان كان أحدهما كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يستقده أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أحد المتماقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي مستقداً ان ما ادماه حق والمدعي عليه يستقده أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التذلل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الكريمة يصعب عليهم ذلك ويزول دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا عنهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم يذل اموالهم، والمدعي بأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يستقده ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه أكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون يماً في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وقسح الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً

(مسئلة) (وان كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صولح

عنه بسبب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقصاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لانه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشترى ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال ابتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده انه ما أخذه عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ما سكه لم يزل وما

حراما عليه كن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل ولا محل له مال المدعى ذلك وق ذكره الحرفي في قوله. وان كان يعلم ما عليه فجده فالصالح باطل يعني في الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا نعلم باطن الحال وإنما ينبغي الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل ودية أو قرضا أو قريبا في ودية أو مضاربة فانكره واصطلح صاحب لما ذكرناه (فصل) وان صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي إنما يصح اذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه ، ثم لا محل للصالح اما ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه لان قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فان عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازته النبي ﷺ وان كان الصالح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصالح ولو دفع المدعى عليه الى المدعى ما ادعاه أو بفضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا ثبت فيه الشفعة لان المدعى يعتقد أنه استوفى به حقه وأخذ دين ماله مسترجعا لما عن هي عنده فلم يكن يما كاسترجاع العين المفصولة

(مسئلة) (فان كان أحدهما مالا يكذب نفسه فالصالح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه) متى علم أحدهما كذب نفسه كن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لان المدعى اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وان كان المدعى عليه يعلم صدق المدعى وجده لينتقص حقه أو يرضيه عنه شيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل لا محل له مال المدعى بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا نعلم باطن الحال إنما نبي الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل ودية أو قرضا أو قريبا في ودية أو مضاربة فانكره واصطلح صاحب لما ذكرناه

(مسئلة) (فان صالح عن المنكر أجني بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) اذا صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي إنما يصح اذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه . ثم لا يخلو اصح ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فان عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وان كان الصالح عن

فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروایتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما اداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروایتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بعقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصلح باطلا لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم توجه اليه خصومة يفتدي منها قاشيه مالوا اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي ديناً

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروایتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا الترخيم لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما أنه يجب له الرجوع بما اداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها طلاً بمنجزه عن استيفائها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو غير بين فسخ الصلح وامضائه إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصالح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصالح كان قاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان قاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصالح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه طاهر عن قبضه فتبين ان قبضه يمكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبيع قاسداً لكونه متلاعياً بقوله معتقداً فساداً ومن لا يعلم يستقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه

أولاً فان لم يعترف له فالصالح باطل لانه يشترى منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفتدي منها اشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم ان قدر على أخذه استقر الصالح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المقود عليه فكان له الرجوع الى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصالح كان قاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان قاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصالح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فاشبهه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه يمكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبيع قاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى ان الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه فلا يقدر انكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عينا بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه ضمن في ذمته فان اجازته لزم في حقه وان لم يجزه لزم من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لانه ههنا لم يتمتع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

(مسألة) قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق)

وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله مستقداً فساداً ومن لا يعلم يستقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه

بعض ماله ببعض وهذا حال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقررون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يبط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه فهو حرام أيضاً لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق الصلح على الأفرار هضم للحق فحق الأزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بمسئول ، ولم يسم الحرفي الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاء من جنسه فهو وفاء وإن قضاء من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن إبراء من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه وهو فعل ماعداً وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تمويضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد التقيدين فيصالحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بروض فيصالحه على أمان أو بأمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصالحه على موصوف في الذمة لم يحز الفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فيكون ذلك إجازة لما حكم سائر الإجازات ، وإذا أثلقت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انقضت الإجازة

فلا يقدح إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وأما ما هو ظاهره بالإنكار للاجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه ضمن في ذمته فإن أجاز له ملكه وإلا أزم من اشتراه ، وإن قال الأجنبي للدعي قد عرف أذعن عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكره لأنه هنا لم يتمتع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يحججه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرأ)

وجملة ذلك أن الصلح يجوز من كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم الممد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية ابن عثرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متين فلا يقع العوض في مقابلته وإن صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انقضت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح منه صداقها فن انسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق ورجع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وإن كان المتترف امرأة فصالح المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المتترف به عيياً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرضه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر منها وإن لم يزل العيب لكن انسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرضه

(القسم الثاني) الإبراء وهو أن يتترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح إذا كانت البراءة معلقة من غير شرط قال أحمد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلف غرماء جابر ليضواء عنه فوضوا عنه الشطرون في الذي أصيب في حديثه فربه النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حذرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهما ثم نادى «يا كعب» قال ليلىك يا رسول الله فأشار إليه: إن ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثم فأعطه» فإن قال على

القصاص بعد نخرج مستحقاً رجع بقيته في قول الجميع وإن خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف وعمر وقال أبو حنيفة رجع بالدية لأن الصلح قاسد فيرجع يبذل ما صالح عنه وهو الدية ولنا أنه تمرد تسليم ما حمله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فإن صالحه عن القصاص بحر يملان حرته أو عبد يملان أنه مستحق أو ناصحاً بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح باطل يملان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وإن صالح عن دار أو عبد بموض فخرج الموض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيته إن كان بالنأ لأن الصلح هنا بيع في الحقيقة فإذا تبين أن الموض كان مستحقاً أو حراً كان البيع قاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس يبيع وإنما يأخذ عوضاً عن إسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده مبيعاً فصالحه عن عيبه بعد أن كان مستحقاً أو حراً رجع بأرض العيب

(مسئلة) (ولو صالح سارقاً ليطفئه أو شاهداً ليكنم شهادته أو شفيماً عن شفته أو مقدوناً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

أن توفي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض (القسم الثالث) الهبة وهو أن يكون له في يده عين فيقون قد وهبتك نصفها فاعطيت بقيتها فيصح ويستبر له شروط الهبة وأن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يحجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وإن تخلف المنى كالهبة بشرط الثواب، وأما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وأما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بموسى سمي يما وإن خلا عن الموسى سمي هبة. ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال طالحني هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بألف، وإن أضاف إليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خراجا على أن تجعل بيتنا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم أنه يسمى صلحا ممنوع وإن سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة وقولهم أن الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فإن لفظة الصلح تحتاج إلى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وإن ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على أن يسكنه

إذا صلح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ الموضع عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ الموضع عنه كما نرى ما لاحق له فيه، وإن صالح شاهدا ليكنم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الادي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ الموضع عن ذلك كما لا يجوز أخذ الموضع عن شرب الخمر.

(الثاني) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجوز أخذ الموضع عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله

(الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والمرة فلا يجوز أخذ الموضع عنه لانه ليس بحق له وإن صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضي بالزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يحجز الموضع عنه لانه ليس بمال فهو كحد القذف وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه أن كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه أو منفعة وان أسكنه كان تبرما منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فري شاء انتزعه منه لانه أعطاه اياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصانحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصالح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذ به فقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ به قد فاسد وسكنى الدار بإجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على تقضا وإشأ أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلتها، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلته فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الفاص

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استبقاء منفعة الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة نفذ عقده لانه مملوك يصح بيعه فصح عقده لغيره والمصالح ان ستوفي نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعة لغيره فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقة والمنافع حينئذ مملوكه لغيره فلم تلق نفعه بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع الدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وحما آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعا فلما لم يحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعة ولنا ان اعتاقه لم يصادف العتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد

ياخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والدمرقة وان كان حقا لم يجوز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتزويه المرض فلا يجوز أن يتراض عن عرضه بمال، وهل يسقط الصالح فيه؟ ينبغي على الخلاف في كون حد القذف حقا لله تعالى أو لا دمي فان كان حقا لله تعالى لم يسقط لصالح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقا لآدمي سقط لصالحه واسقاطه كالقصاص .

(مسئلة) (وان صالحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له ان يصلح رجلا على إجراء

والآخر بقمه فأعنى صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه اذ الماء ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بظلال الصالح لفساد العوض ورجع المدعى فيما أقر له به وان وجد العبد معيا عينا تقص به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وان صالح على العبد بعينه صبح الصالح ويكون يما والحكم فيها إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لانه ان صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يحز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يحز لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويعتدل ان لا يجوز لان في الزرع ما ليس بجميع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسل الأرض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي انقريغ الأرض فأمكن القطع، وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع احتمال الجواز لانهما قد شرطاً قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بجميع فلا يصح شرط قطعه في المقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يحز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الأرض في يده وقفاً عليه نقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فلو كان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا أذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجره مدة فوات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع الصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلاً على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماؤه معلوماً إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلج بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالته ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حاطه الى ملك غيره على ما سذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البيسة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البيسة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازالته الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بموض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النصف أو يابساً لان الجبال في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف الموض فانه يفترق الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالتسليم الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة بتجدد له الاولاد والفراس الذي يستأجر له الارض بمظم ويجفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطباً كان أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بخير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفترق الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بحد معين في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثلاً والماء الذي على السطح يفترق الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه القليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو طرية لم يجز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لتبر صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان بائساً مستمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يستمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبهر الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد منحه لان الجهة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى الضرر به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالتراير في كونه مملوكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار (فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بشرها كله فقد نقل المروذي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال: اما شجرة ظلات على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الاكثرين واليه ذهب الشافعي لان الموضع مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموضع ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع ائتلاف فجاز مع الجهة كالصالح على مجرى مياه الامطار والصالح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة اني لا سبيل الى علمها، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويبشع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا بمجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والمواد فيها قاله لا مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يحز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتقاع بشيء من منافعها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خليجان من المريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم يعني وهو منفعة لك تشربه أولا وآخر ألا يضرك فأبى محمد فكم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك افنع؟ تشربه أولا وآخر أ فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليبرن به ولو على بطئك فأمره عمر أن يمر به ففعل. زوأم مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول اقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولا به

من كل واحد منها لصاحبه فجري مجرى قول كل واحد منها لصاحبه اسكن دارى واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحثك الاكل من ثمرة بستانى فأبجني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعنى أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لما فان اتفعا على أن مانبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فبأذ كرنا فعلى قولنا اذا اصطالحا على ذلك فضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له وجب بأجر المثل كما لو بذلها بموض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بعهده حالا لم يحجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نبي عمران بناع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو الثهر كالثك والربع جاز وكان يما للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهري وقتانه لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء بما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل ماله أخذه في قربته والصلح يجوز على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم السد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري عمراً في دار وموضاً في حائطه يفتحه باباً، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتراض عنها كالنور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبنى عليه بنيانا موصوفاً) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يحجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لانه ميسر للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذه عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف العلو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها فله ذلك فان أبى فله قطعها) وجه ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة وأصحابه وروى عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كما لا يران بأساً بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله لأنها تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلاً، ولعل ابن سيرين محتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاء الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

وثنا أنه ينذر القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يحز كما لو كانت معية ويفارق ما إذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع ينذر حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كيبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلاً لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما أن صالحه عن ألف حالة بنصفها مؤجلاً فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعاً به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) وبصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على شيء فإن علم أنه أكثر منه لم يحز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحخان علف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان أما بردها إلى ناحية أخرى وأما بالقطع لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وإن تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما ذكره أن شاء الله تعالى، وعلى كل الوجهين إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته باخذ الأسرين لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له إخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي ، فإن أمكنه إزالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فإن اتلفها في هذه الحال غرمها، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فإن صالحه عن ذلك بموض لم يحز) اختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان النخس أو يابساً لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن جابدين وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النخس أو يابساً لأن الجهالة في المصالح عنه

ودقيق التعبير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا يئنه لها به ولا علم لها ولا لثورته بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصلح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا يئنه له أو لا علم له ويقول القابض إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع إن كنت أخذت مني أكثر من حقت فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيم ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصافي، واريث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالساق والطلاق ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينهما فلا يصح مع الجهل أولى وذلك لأنه إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أنقضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وإنما هو إبراء وإن سلمنا كونه بيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو ألتف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكون ذلك يكثر في الأملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالتسليم الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة يتجدد له أولاد والفراش المستأجر له الأرض يعظم ويجفو وقال القاضي إن كان يابساً متمداً على قس الجدار صحت المصالحة عنه ولأن الزيادة مأونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة إليه وكونه لا يحتاج إلى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسألة) (وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجهة ذلك أنه إذا صالحه عن ذلك بمجره من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروذي وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيجوز أن يصح ، ونحوه قال مكحول فإنه نقل عنه (المغني والشرح الكبير) (٤) (الجزء الخامس)

صاحب الطعام لمتلقه بملك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان الموضع في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصيص في موارث دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجعله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد : ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يبين لها ما ترك زوجها فهي الرية كلها قال وان ورث قوم مالا ودورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وإنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه ، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما اذا علم فلم يصالحه إنما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لا براء الذمم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع (فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ الموضع عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له انقصاص على هدية بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع الموضع في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دينه من جنسها لم يجوز وكذلك لو أنف عبد أو شيئا غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها ، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الاكثر وبه قال الشافعي لان الموضع مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموضع ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه ، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف لحياز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطوار وعلى الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيع صاحبه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمره في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجري مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن دارى وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبعثك الأكل من ثمرة بستانى فأبغني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يحجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يحجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن فرض أو ثمن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالانلاف بمائة مؤجلة لم يحجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة . وجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة . الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه يمأ فهو بيع دين بدين وبیم الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن النصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصالح فاسد فرجع بهذا ما صالح عنه وهو الدية . ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصالح هنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصالح عن النصاص فانه ليس بمبيع وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط النصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عنه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقى به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إزام القطع ضرر كثير وإنلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الآخرين ونظر لفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصالح عنه كالحكم في القروع إلا أن المروق لأمرها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصالح على الثمرة فيما ذكرناه ، فعلى قولنا إذا اصطلحنا على ذلك فضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفن نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

٢٨ الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء . الروشن وما أشبهه (المنفي والشرح الكبير)

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن أرض العيب فزال العيب رجعت بارشها لا مهر المثل لأنها رضيت ذلك مهرأ لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يملكان حرته أو عبد يملكان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح ههنا باطل يملكان بطلانه فكان وجوده كعدمه (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لأن ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فإنها إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة إجارته وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز أحداث ساقية في أرض في يده بإجارة فأما إن كانت الأرض في يده وقفاً عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي؛ والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط. وأطرافها خارجة إلى الطريق لا يجوز إخراجها سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يحمل عليها ساباطاً بطريق الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكاً أو لم يكونا اذن الامام في ذلك أو لم يأذن، وقال ابن عقيل إن لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام تجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن طارقه رجل من المسلمين وجب قلبه، وقال مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لأنه ارتفق بما لم ينعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبهه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ما هو فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالمباريات والمحامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلم يحز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله، وبغارق المرور في الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والموس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وجهين بناء على ما اذا آجره مدة فوات في أثنائها فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصلح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء. معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا، ويجوز المقدر على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كافي التكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفى به منافع المجري دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائه والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو طرية مع السان لم يجوز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجوز له ان يحفر أرض غيره ولا يملك لغير صاحب الارض ربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجوز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعطلت الارض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنه كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواسعاً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العار أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً.

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس

(أحداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتقاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والأخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وأخرا ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطك فامرهم عمر أن يمر به ففعل . رواء مالك في موطنه وسعيد في سنته والاول أقبس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى

(فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وإن صالحه على سهم من العين أو انهر كالثلث أو الربع جاز وكان يدا للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ البوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قرنته أو انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقامه وقد نصبه رسول الله ﷺ يده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري ونحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فانكره ففعله ما لم يبق دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فبنجسهم ويزاق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة دائمة اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخير المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بأذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير إذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وأن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضا ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافا فلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر بالزوجة لانه صلح محل حراما ولا نها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجوز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار إنما يكون في حق المنكر لا انتداه اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لاقيمته وأما اجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقة من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولا نها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجة باقرارها أو بينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجة فخالعها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتزل عن دعواها لم يجوز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجوز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا لمطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجوز لانه محل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا محل بعوض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعي عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدائم لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه ولو ادعى على رجل الفأفأ أنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا تسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والساباط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه الى ملك انسان معين يجوز باذنه بعوض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق التافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرا

به ويرد مأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه فيلزمه أداؤه بغير عوض. ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالا صلحا عن دعواه صح وقدمضى ذكره (فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلا يجوز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجوز له أخذ العوض ، وان يصلحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجوز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتزبيته العرض فلا يجوز أن يتناض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجوز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء وصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان إسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموضع جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء نفسه أو حفرها للسيل وتقع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك إسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدرك به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجوز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجوز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لانه نائبهم فجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلمه ، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جازاً كلشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورعه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالماريات والمحامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجسه نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره .

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى أوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (الفتي والشرح الكبير) (٥) (الحيزه الخامس)

أهله ويفارق المرور في الطريق قائما جلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تملوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق إلا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يحشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي خيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويضر به العائر فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روضاً ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بأذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرافاً فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذي قالوا عليه كما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز بأذنهم كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لأنه يبيع للهواء دون إقرار

أن صاحب القريب ليس له أن يقدمه إلى داخل الدرب وإن قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منها فإن كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فيها ذكرناه.

(فصل) إذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ. فرفع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لأنه تصرف في ملكه الخاص وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليمكن إلى التطرق من كل واحدة منهما إلى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى، وبمحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه لمنع ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك إن أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه ينبغي فيه باذنهم تجاوز كما لو اذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والمثل وهكذا الحكم فيما إذا أخرج به إلى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بموض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين وقسمه أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو ليؤثر فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في عمر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيّق عليهم ممرهم لم يجوز ذلك لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لأن ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز إلا باذن أهله لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان إنسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموض جاز سواء حفرها لنفسه ليؤثر فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل وتقع الطريق وكذلك أن فعل ذلك في ملك إنسان معين (فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ولا يجوز اخراجها إلى درب نافذ إلا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجها إلى الطريق الأعظم لأن عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب مزاباً إلى الطريق فقلعه فقال العباس قلعه وقد نصب رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وأنحنى حتى صعد على ظهره فصبه وما فعله رسول الله ﷺ فغيره فعله ما لم يعم دليل على اختصاصه به ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير تكبر . ولنا أن هذا تصرف في هواء

(فصل) إذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يليه بينهما لأنهما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للآخر لأن الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما لأن ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن الأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لأنه ليس بقاء الأول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لأن لهم بدأ وتصرفاً، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا خرسفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الحان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة إلى باب الحان بينهما وما زاد على ذلك إلى صدر الحان على الوجهين، فإن كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فلي الوجه الذي يقول أن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له أن يستبد بما يختص به منه بأن

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخير المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقاً ولا باباً الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائط ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كتنقصه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيما له فيه حق قفياً لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بموض جازوا ما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستقلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضيقه عن حمله لم يجوز بغير خلاف فلهما لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره» متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو باليبس أو انخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

بجعله دهايزاً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له ينقرده به (مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقاً بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يفرز فيه وتداً ولا يحدث عليه حائطاً ولا ستره ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كتنقصه وان صالحه على ذلك بموض جاز فاما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستقلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا تعلم فيه خلافاً لقول أبي بصير ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا أن به غنى لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بنير اذن التريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي خنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والمائل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فمن أحمد فيه روايتان (احدهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشئ والضيق ففي حقوق الله تعالى المنفعة على المساحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين والواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بنيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المساحة والمساهلة لفي الله تعالى وكرمه فلان يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختر ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب وإنما ذالك للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فأما أن دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بنير اذن التريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي خنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم

يضاف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتح للخشبة يسده بها ولا توضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال يسقطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يمتحنى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز إعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يزل له به يضر بالمالك ويحول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن إبقائه عليه لم يلزم إزالته لان في إزالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في إبقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إجارته ولا إجارته لانه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك ييم حقه من وضع خشبه ولا المصلحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أصبح له من حق غيره لحاجته فلم يجوز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أصبح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إجارة الحائط أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منه ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدم أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب إنما يثبت حقه للارفاق به من شرطه بدم الضرر بصاحب الحائط فحقه أن يرضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع ستره عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فإذا قبل ما أذن له فيه صارت المارية لازمة فإذا رجم

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يحمل عليه جسر أو يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البائتم واليتم والمائل والمجنون لما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره) اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبينة على الساحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اجتارده أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للنعم من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين والمواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

لمعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع ضرر به فلا يملك ذلك المعير كما لو اطاره أرضاً للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بنير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ولا ضرر في بقیته، وإن كان مستهدماً فله قرضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناء بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأف لان المتع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر وهنا قد حصل القلع بنير فعله فأشبه ما لو كان في الأرض شجرة فانقطع وهذا أحد الوجوه لأصحاب الغنای وقالوا في الآخر له ذلك لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأييد وليس كذلك فإنه إنما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع هنا فلا يبقى الاستحقاق، وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للآخر اعادة لانه أزيل بنير حق تعديا من عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وإن أزاله أجني لم يملك صاحبه اعادة بنير اذن المالك لانه زال بنير عدوان منه فأشبه ما لو سقط بنفسه (فصل) وإن أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بموض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأييد ومتى زال فله اعادة سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بموض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الاجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المساعدة لغنى الله تعالى وكرمه فلا ينبغي منع في حق الآدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول، فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينقعه بخلاف الطاق والباب فإنه يصف الحائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وإن زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادة لانه زال السبب الميسر فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وأن لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا اطاره لانه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أصبح به من حق غيره لحاجته فلم يحجز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له سيل ماء في أرض غيره أو مزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك عوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لا جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتي زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد سيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بمدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا وراثتها جميعاً عن أيتنا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال وراثتها عن أيتنا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يثناني إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعاقة الحائط أو إجارته على وجه يعم هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لمير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقوية الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو تحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فتي أقضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أفق صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز بانه فاذن فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان لإجازة في مئة

(مسئلة) قال : (واذا تداعى تفسان جداراً معقوداً بيناء كل واحد منهما تحالفاً وكان بينهما وكذلك ان كان محلولاً من بنائهما وان كان معقوداً بيناء أحدهما كان له مع يمينه) .

وجهة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً بيناً بهما معا وهو أن يكون متصلا بهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه القطاثر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل بينهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما ينة تحالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويحمل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو نوري وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما ينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما ينة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما ينة تمارضتا وصارا كمن لا ينة لهما، فان لم يكن لهما ينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على النا كل فكان السكل للآخر، وإن كان الحائط متصلاً بيناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو نوري لا يرجع بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لأنه استحق ابقائه بموض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعودا تفسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجارة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجارة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل الموض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يبنيه جاز لانه لا جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كالميد والازج، فإن قيل فلم لم يحملوه له بغير بين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليقين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليقين، فأما إن كان مفقوداً بيناهما أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء بالبن والآخر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنه أو آجرة أو يحمل مكانها لبنه صحيحة أو آجرة صحيحة فقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا، لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الحرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن ان تكون يدأ عادية حدثت بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة فلم يمت ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه منتفعاً به فجرى مجرى كون حمله على البسمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبنى على حائطه وكذلك إن كانت له عليه شجرة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج مفقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا نرجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن النتم منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم نرجح به الدعوى كاسناد مناعه اليه وتخصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع بينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صاحبه على ما أقر له بموض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورتاها جميعاً عن أيينا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتاها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لآخيه المقرر لم يزل وان الصلح باطل

لانه متفق به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق بدليل انا استدلتنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على النوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه فقيماً لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي اراكم عنها معرضين والله لأؤمِّن بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجع به كالزج ، وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجع الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له ويرجع بالجذعين لان الحائط يبنى لهما ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجع الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمقاد القمط في الحص يبنى عقد الخيوط التي يشدها الحص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومقاد القمط لما روى عمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يملك بمقاد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «أصبت واحسنت» رواه ابن ماجه وروى نحوه سن علي ولان العرف جار بان من يبنى حائطاً جعل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من انكر» ولان وجه الحائط ومقاد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطلت دلالاته كالزويق ولانه يراد للزينة فاشبه الزويق، وحديثهم لا يشته اهل الثقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع الى المقر بالبيع وهو معترف بانه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بينائه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين التريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واحتاره بعض أصحابه لان في ترك بينائه اضراماً فيجبر عليه كما يجبر على القسبة اذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط عند خوف سقوطه

قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لاحد فلم يقتضه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكرناه من العرف ليس بصحيح فان المادة جمل وجه الحائض إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجع الدعوى بالتزويق والتجسين ولا يكون أحدهما له على الآخر ستر غير مبنية عليه لانهما يتساع به ويمكن احداثه .

(فصل) وان تنازع صاحب الملو والسفل في حوائط البيت السفلا في فهي لصاحب السفل لانه المتنفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط الملو فهي لصاحب الملو لذلك ، وإن تنازعا السقف فخالفاً وكان بينهما وبهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على مالكة فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبهما وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب الملو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائض بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان الملو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبه ولا يراد إلا لما فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب الملو تقفه فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب الملو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مسيراً أو دكة فهي لصاحب الملو وحده لان له اليد والتصرف وحده لأنها مصعد صاحب الملو لا غير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تنفاعة بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وهذا وشريكه يضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الاتفاق عليه كما لو انقرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالاتداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل مالو انقرد به ولا لحق غيره كما لو انقرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتماعا فارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من القرامة واتفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة مافي قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انقرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا تسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بالهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع

بنيت لأجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لأن يدهما عليها ولأنها سقف للسفلائي وموطىء للفوقائي فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء وتحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لأن يدهما عليها واتقاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وكانت بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائظ بين المملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائظ مشترك فأنه يهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يحجر المستع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان أحدهما يحجر نقلها ابن التامس وحرب وسندي قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوله واختاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يحجر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر إن في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يحجر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يحجر مالك على الاتفاق عليه كما لو أقرده به ولأنه بناء حائظ فلم يحجر عليه كالأبداء ولأنه لا يخلو إما أن يحجر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لخصيهما جميعاً : لا يجوز أن يحجر عليه لحق نفسه بدليل ما لو أقرده به ولا لحق غيره كما لو أقرده به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فأنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الترامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإضرار ضرر ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه قد يكون المستع لا تقع له في الحائظ أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون مفسراً ليس معه شيء فيكلف الترامة مع عجزه عنها

(مسألة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يحجر المستع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقاً في الحمل وربما فلا يجوز منعه منه.

(مسألة) (فإن بناء بآله فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الاتقاع به وإن طلب الاتقاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آله)

وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائظ باقتضاه وله بناء بآلة من عنده، فإن بناء بآله واقتضاه فهو على الشركة كما كان لأن المتفق إنما أفتق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناء بآلة من عنده فالحائظ ملكه خاصة، وله منع شريكه من الاتقاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائظ له فإن أراد تقضه وكان بناء بآله فليس له تقضه لأنه يملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما زيل ذلك ، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فإن الضرر إنما حصل بأهدامه وإنما ترك البناء ترك ما يحصل النفع به وهذا لا ينجم الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه لإضرار لكن في الإضرار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون مصراً ليس معه ما يبنى به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فإن أراد شريك البناء فليس له منعه منه لأن له حقاً في الحمل ورسماً فله يجوز منعه منه ، وله بناءه بانقاضه إن شاء وبناءه بآلة من عنده فإن بناء بآلته وانقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لأن المنفق عليه إنما أتفق على التألف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناء بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك نقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليها وإن بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لأنه إذا لم يملك منعه من بناءه فلا بد أن يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكني من انتفاعي

عليها وإن كان بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه يختص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني نقضه وإجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لأنه إذا لم يملك منعه من بناءه فلا بد أن يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكني من انتفاعي وإما أن ترفع حائطك لتعبد البناء من بيتنا فيلزم الآخر لإجابه لأنه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأتفق عليه وإن لم يكن له مال فأتفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر ، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أتفق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجوب بناء على ما إذا قضى دينه بغير أذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بناءه فأولى أن يجبر على إبقائه

ووضع خشبي واما أن قلع حائطك لتميد البناء يتنا فليزم الآخر إجابته لأنه لا يملك ابطال رسمه بانتفاعه بينائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالترامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الترامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فليزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فتى استمر أجبره الحاك على ذلك فان لم يفعل. أخذ الحاك من ماله وأحق عليه وإن لم يكن له مال فأحق عليه الشريك بأذن الحاك أو بإذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أحق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به قبل الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناء نفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطا يحجز بين ملكيها فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفل لرجل والمعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين وإن انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب المعلو بإعادتها فعلى روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطا يحجز بين ملكيها لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفل لرجل والمعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان ، فان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب المعلو بإعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فان أراد صاحب المعلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً ، فان بناء بآلته فهو على ما كان وإن بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتقم به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في قناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

(أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً فإن بناءه عليه فهو على ما كان وإن بناءه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحطب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في قضاء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان

(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى يختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فلهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لانه إن كان الممتنع مالكاً لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتها

بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان :
(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى فإجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو
(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فلهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لانه إن كان الممتنع مالكاً لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا وإن أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بئانه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالموت بهدم نفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصلح على بعض ملكه بعض فلم يصح كالموت بهدم نفسه لانه لا يملك ذلك لانه لا حق له فيه ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجباله الحمل فانه يحمله من الاتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر هنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضربه بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بئانه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالموت بهدم نفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصلح عن بعض ملكه بعض فلم يصح كالموت بهدم نفسه لانه لا يملك ذلك لانه لا حق له فيه ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجباله الحمل فانه يحمله من الاتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(مسئلة) (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة في اجبار الممتنع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا انهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر هنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضرب بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراءهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء

أضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتاعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا اتفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكهما وإنما أثر أحدهما في ثقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته، والحكم في الرجوع بالثقة كحكم الرجوع في الثقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابه القديم فقد نقص من استطرافه متى أراد رد بابه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يقسط وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحد لأنه يقدم بابه إلى موضع الاستطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يبجل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لا خير لحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطرافه، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ وزقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز لأنه يرتفع بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فإن قيل في هذا أضرار بأهل الدرب لأنه يجبله نافذاً يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لأحد استطراق داره، فأما إن كان بابه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لتغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسره أو شاباً كما جاز لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء.

(مسألة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته)

فإن عمره قائم بينهما على الشركة أما الدولاب والتاعوة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا اتفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكهما وإنما أثر أحدهما في ثقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته والحكم في الرجوع بالثقة كحكم الرجوع في الثقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حائماً بين الدور أو يفتح

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرقم الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان قطع من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى لئتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يحز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا يتقدم من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ومحمّل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بموضع معلوم أو أذنوا له بشئ عوض جاز (فصل) اذا تازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لما استطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لما التصرف فيه بناء على ان الاول ان يفتح بابه فيما شا من حائطه وما بعد ذلك للثاني لانه ليس بفناء الاول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في اتماء صحن الحان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الحان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الحان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدري له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شئ لان ذلك ملك له يفترده به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرّبها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كالأوطبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرّبها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» ولان هذا إضرار بجيرانه فنع منه كالذي سلوه وكسفى

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا ضرار بجيرانه ، فنع منه كالدق الذي يهز الجيطان وينثرها ، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم جيطان جاره ، أو اشعال نار تمتد إلى احراقها قالوا ههنا تمتد النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله إليها قصدًا قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الحيز والطبخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني ستره تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل ستره لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلا يحجر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فنع منه كدق يهز الجيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطلع عليه من صتر باب أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ «لو أن رجلا اطلع اليك فخذفته بمصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولًا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولًا أو عرضًا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يحجر الممنوع على القسمة وهو مذهب الشافعي لأن ذلك لا يضر فإذا اقتسما اقترعا فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فان كان مبنيًا فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وإن أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يحجر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل للملك شريكه وزوال ملك شريكه فيقتصر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما احتار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفًا أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فإذا كان مشتركًا يمكن أيضًا من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو ارتفاع به

الأرض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى إلى إحراقها ، قالوا ههنا تمتد النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله إليها قصدًا ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كالنار والماء ، وأما دخان الحيز والطبخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) فان كان سطح احدهما أعلى من سطح الاخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه

لم يملك منه من رسمه وههنا يملك منه بالكلية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يحصل لكل واحد منها نصف العرض في كمال الطول نظرنا فإن كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه حائطا فني إيجاب الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته فاشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه داراً . والثاني لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لاتا لو أقرعنا بينهما لم تأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسما العرصة طولاً فني كل واحد منهما نفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرسته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً جاز ويعلم بين نصيبهما بلامه وأن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبه العرصة ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتميز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طائفاً بضعفه ضعف كله وإن وقع بضعه ضرر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرسته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا إن يطلب أحدهما قسمه طولاً ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها إن قطعا بينهما فقد ألقا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع وعلم علامته على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضرب بل يعلم بخط بين نصيبهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يني ستره ستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالأسفل

ولنا أنه أضر بجاره فتح منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حره فاشبه مالو اطلع عليه من صتر بابيه أو خصامه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلاً اطلع إليك فخذته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » وبفارق الأسفل فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فإروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الضمي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته عماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضی المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يمين عليه جهة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يشترط رضاهما على ما سنده كره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فريض فقد برىء المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فإروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الضمي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته بئاله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك . والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه يبيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ﴿مسئلة﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بمحال

صفته ويعتبر تأثلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقتان حاليتين فمضت على الحال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع الحال عليه خيراً من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتججيله أو رضي من له الحال بأنظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وإن مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله ، وإن مات الحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضي ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بمرض الفسخ لا تقطاع السلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ الموض عنه والسلم لا يجوز أخذ الموض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر فإن له أن يتمتع من أداؤه ويسقط بمجزئه ، وتصح الحوالة عليه بدين

إذا صححت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق إلى ذمة الحال عليه في قول طائفة أهل العلم وروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يرثه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت ذلك ففي رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يمد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو قلس أو موت أو غيره . وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الحزقي ، وقال شريح والشنبي والنخعي مقي أقلس أو مات رجم على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات الحال عليه مفلساً وإذا جحدده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا جحد عليه لقلس لأنه روي عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات الحال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لأنه لا تنوى على مال امرئ مسلم ولأنه عقد معاوضة لم يسلم الموض فيه لأحد المتماوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات الحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال الم كاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعة وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار القدر عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(مسئلة) (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو المداق قبل الدخول لم يصح وان أحال الم كاتب سيده أو الزوج امرأته صح لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بمرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ باقطاع السلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ الموضع عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لا اشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحتال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى الخيل ، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المحتال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على الخيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه إليه رجع المحتال عليه على الخيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت يمناً فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تنضم منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الاثمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمدروغ والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمه بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يتمتع من أدائه ويسقط بجزءه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدائن ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ويرث ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصدقتها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانقضاء التكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار وان أحال المبلع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والمبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يتفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد للمبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحتال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولأن الأبل ليست من المثليات التي تضمن مثلها في الائلاف ولا تثبت في الذمة سلباً في رواية ، وإن كان عليه أبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الحيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض وإن كانت بالمعكس فاحتال المقترض بأبل الدية لم تصح لاتا أن قلنا نجيب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب التل فللمقترض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه إذاؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما روى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت أن الحق انتقل فحق رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحر في وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مقلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونجوه قول مالك لأن القلس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدئته على المحال عليه والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهاً واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وإن أقال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وليست بحوالة لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مظالمية من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحويل ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المحتال، وإن أقال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال القبول لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هو إقراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض وإن أقرأه لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما فاد إليه المال بعقد مستأنف ويحمل أن لا يرجع إليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلمة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شرع والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مقلسا واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل أحيل بمحقة فمات المحال عليه مقلسا فقال يرجع بمحقة لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم الموضع فيه لاحد المتعاضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزنناجد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قررة عن عثمان ولم يصح بمعاذ منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالتوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويستبرأ ثلثها في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه عصاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقتان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتسجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فلا أجل بحاله وان مات المحال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرخص المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف فإنه لا يلزمه الاحتياال على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على ملىء ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الحرقي لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

(مسئلة) قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال)

الملىء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن الله تعالى يقول: من يقرض الملىء غير المدم . وقال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح النقاضيا

يعنى قدرة على وفائي والظاهر أن الحرقي أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا الماطل قال احمد في تفسير الملىء، كان الملىء عنده أن يكون ملياً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لأنها ان كانت بما فلا يصح في مجهول وان كانت بمحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبه ماله بمثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ادية وله على آخر مثلاً في السن فقال القاضي يصح لأنها تختص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا يصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولان الأبل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا ثبت في الذمة سلماً في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلاً قرضاً فأحاله عليه فان قلنا يرد انقراض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلاً اختصى قولنا القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبه الحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضاه من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولأن المحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم الحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وفلحق ما إذا أراد أن يسطيه عما في ذمته عرضاً لأنه يسطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما ثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحاله المشتري البائع باليمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأننا تبينا أنه لا يمن على المشتري وإنما تثبت حرية بينة أو اتفاقهم ، فإن اتفق المحيل والحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا يثبت بذلك لم يقبل قولهما عليه لأنها يطلان حقه أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من الحال عليه ولأن الحيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض فإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لأننا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضاه حاله ولا رضاه المحتال ان كان الحال عليه مليئاً)

أما الحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن المحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال مقام نفسه في القبض فلزم الحال عليه الدفع إليه كالوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضاه المحتال بقرض الملىء غير المعدم قال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة واحسن يا ذات الوشاح التفاضيا

يعني قادرة على وقائي قال احمد في تفسير الملىء ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فني احيل على من هذه صفته لزم المحتال والحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما ، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين ، وقال مالك والشافعي يعتبر رضاه المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله الى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً ، فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه الا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقام ينة لم نسمع لانها كذباها بدخولها في التبائع، وإن أقام العبد ينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بتير من العبد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنيته أقوى فإن أقام اليانة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانها لم يكذبها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبها المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يتعرف للمحتال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر قبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بسبب أو مقايضة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه بأذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به . وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

(أحدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لانه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل (والثاني) لا يعتبر لانه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضی من عليه الحق كالتوكيل ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبم» ولأن السجيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وإن لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه أن يحتال لفهوم الحديث ولأن عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فإن شرط المحتال ملأه المحال عليه فإن معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملأه فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع .

(مسئلة) (وإن ظنه مليئاً بنان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل أن يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا هنا ، فان قلنا يطلان الحوالة رجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشتري إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة بمجالها لكن أحال البائع أجنياً على المشتري ثم رد البعد المبيع في الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري ، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجني المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هنا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة هنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منها

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتكم في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتياط على غير الملية لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على الملية ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجع لان الفليس عيب في الذمة فأشبهه ما لو اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان معيماً .

(مسئلة) (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فان البيع باطلا فالحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبيننا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية انما تثبت بينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حرية وكذهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يطلان حقه فأشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقام بينة لم تسمع لانهما كذباها بدخولها في التبايع ، وان أقام البعد بينة بحرية قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال ودعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع بينة لان الاصل صحة الحوالة ومما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذهما المحتال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه لإقراره على غيرهما وتبطل

بدنيك قال بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان ويذكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما يئنه حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليئنه عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل انما وكلتك في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بدنيي عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر فعلى الوجه الاول يحلف المحال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء من كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحال محققا فقد أنفك ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بشير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه يتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق الحوالة لاتفاق الرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئا، وان اعترف المحال والمحال عليه ببحرية العتق لاقرار من هو في يده ببحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بسبب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

بني إذا فسخ العقد بسبب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالتمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأى البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالتمن وقد سقط بالتفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه وتقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبريء من التمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالتمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالتوب كذا ههنا، فان قلنا يبطلان الحوالتين رجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالتمن ويأخذه البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة مجاهلا لكن أحال البائع أجنبيا بالتمن على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان :

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبة بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للينة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفاً ولا اثباتاً

(فصل) وإن كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلني ففيها الوجهان أيضاً لما قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولهما معاً فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه إما وكيل وإما محتال فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبتت الوكالة يمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لمقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى والمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما ثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرناه وتكرر المحتال والمحيل لا يضر

(مسئلة) (وإذا قال أحلتك قال بل وكلتي أو قال وكلتك قال بل أحلتني قال قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال أحلتك بدينك قال بل وكلني ودينى باق في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (المعنى والشرح الكبير) (٩) (الجزء الخامس)

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة قتلت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وإن تلفت بغير تفريط فعلي الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يترتب براءته

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً لأن الحوالة بدينه لا تختم الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحد له بعد ذلك فإما أن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان ويشكر اتقاه والاصل معه فإن كان لأحدهما يمينه حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليمين عليه (مسئلة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل إنما وكنتك

في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين (لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الاصل بقاء حق المحيل على المحتال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحتال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحتال عليه، وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحتال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وإن تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه مترتب أن له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الفائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين يئنه بدعواه سمعت يئنه لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الفائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فان أقام المدعى يئنه ثبتت في حقه وحق الفائب لان اليئنه يقضى بها على الفائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له يئنه فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لانه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت يئنه والثاني لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أنني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لاعترافه براءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع لليئنه في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وانما يدعي المحيل يئنه وهذا لا تشهد به اليئنه نقياً ولا اثباتاً .

(فصل) فان قال احلتك بدينك قال بل وكلتني فقيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لانه يجوز ذلك بقولهما معا فاذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل او محتال ، فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لانه يجوز ذلك لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وان استوفى من المحيل ، دون المحتال عليه رجع المحيل على المحتال عليه في أحد الوجهين لان الوكالة قد ثبتت يمين المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لانه يتعرف أنه قد بريء من حقه وانما المحيل ظلمه باخذ ما كان عليه ، قال القاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة قتلت في يده بغير طر أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لانه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وان كان بطلاً فقد أبطل مثل دينه فيثبت في ذمته فيتقاصن وان تلف بغير تهريبه فعلى الوجه الاول يسقط حقه ايضاً لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لانه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالتكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل يشكر أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لأن المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً)

إذا اتفقا على أنه قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً لان الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحدده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وأما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنه حوالة بدينه وإن دينه كان تاباً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولاً ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين يمينه بدعواه سمعت يمينه لاسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالي عليك فأنكر المدعي عليه فالقول قوله فان اقام المدعي يمينه ثبتت في حقه وحق الغائب لان اليمين يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وإن لم يكن له يمينه فأنكر المدعي عليه فهل يلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه وجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به يمينه (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف برىء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالتكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لأن المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها (فصل) فان كان عليه الف ضمه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تبيين وانه اذا قضاه احدهما الالف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى احدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لا كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ ر من ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صبح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فخاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تبيين وانه اذا قضاه احدهما الالف فقد قضاه جميع الدين وثم اذا قضى احدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليها صحت الحوالة بغير إشكال لانه لا كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فخاروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقيل وحيل وزعيم وصير بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواه ابو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وروى البخارى عن سلمة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل يصلي عليه فقال « هل عليه دين ؟ » قالوا نعم ديناران « قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتت فله صلاتي وذمتي مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع تذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقيل وحيل وزعيم. وصير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضى الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لأنهم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه إثبات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كاليسع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا ويعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تضرر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبة كالأصل ولأن الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحد رواة أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين ؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يا رسول

وذكر وجهاً آخر أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه ، ولا صاحب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر (فصل) وقد دلت مسألة الحرقى على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي ، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روزماتك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لأنه التزام مال فلم يصح بمجهول كالتمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولئن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأنه التزام حق في لذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطره وهو ضمان العهدة ، وإذا قال ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما عطيته في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المستثنين سواء أو أحدهما داخلة في الاخرى .

الله هذا لمي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال « بل للناس عامة » رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين ؟ » قلنا ديناران فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وجب حق الغريم و بريء الميت منهما ؟ » قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران ؟ » قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من القدر فقال قد قضيتهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الآن بردت جلده » وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « و بريء الميت منهما ؟ » ولأنه دين واحد فاذا صار في ذمة نائبة برئت الاولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلده » حين أخبره أنه قضى دينه ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلاه بالضمان صار له وفاء وإنما كان عليه الصلاة والسلام يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لمي « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه ، وقوله « بريء الميت منهما ؟ » أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلده » وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتى قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وإن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجمل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ، ولانعم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً اسموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء . ولان ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولانه دين ثابت فان الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوتيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محلّه إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل لمحلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

(مسئلة) (فان برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لانعم فيه خلافاً لانه يبيع ولانه وثيقة فإذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وان برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلا يبرأ بإبراء التبر ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم يبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا اقتسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لانه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لان الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان او أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لانهم فروع له وان أبرأ أحد الضامين برىء وحده لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالضمون عنه وان ضمن أحدهم صاحبه لم يحجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصل فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

(المفتي والشرح الكبير) (١٠) (الجزء الخامس)

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضائه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكرناه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز ان يسقط برد بسبب او مقابلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجمل في الجلالة وفي المسابقة والمناضلة ، وقال اصحاب الشافعي في احد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة ولنا قول الله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإلا الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال اصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجباله اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة يدينه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برى وبرى صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجوز لانه أصل له في الكفالة فلم يجوز أن يصير فرطاً فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خر أسلم المضمون له او المضمون عنه برىء هو والضامن معاً) لانه برىء من الحر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خر على مسلم واذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لانه فرعه ، وان أسلم المضمون له برىء أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبة بثمن الحر لكونه لا قيمة له في الاسلام فان أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلم يبرأ براءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان الا لمن يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعد العتق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبل لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا انه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجمالة والصداق قبل الدخول والميسر في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالجوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالاجرة وعن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المسكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى الزوم فان للمسكاتب تسجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى ، ويصح ضمان الاعيان المضونة كالفصوص والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وإنما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردها والزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحبر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحبر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالمبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا الزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كال تبرع والنذر بخلاف البيع ، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة المقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم يرجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلقها وهذا عما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى القصار والحياط فهذه إن ضمنها من غير تعدد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمنها ان تعدد فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى او تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالتصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بسبب أو ارش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما الآخر وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فبغير به عن الثمن الذي يضمنه، وعن إجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى ان يبقى ابدأ مرهوناً فلم يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال العقد لانه انما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقاً او معيباً حالاً العقد

جنون قال قول المضمون له لان الاصل عدمه ، وأما المحجور عليه لقلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجز عنه لانه من أهل التصرف والحجز عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف اراهن فيما عدا الرهن ، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً ، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويقيم به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاتفاق بالتلاف ولنا انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يحجز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارش جنائته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدائه باذن سيده وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجملة متقية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبه دله وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء . وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مقضيا الى الوجوب كالجمالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهدة أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمنت عهدة أو ضمنت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسر به اهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على الزادة لا على الجمل وان كان هو الموضوع قاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تقريب الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فنل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع او بفساد من يده او بتقاييلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تقيط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتقريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بسبب قدم فيه الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يده كمتعلق حق الجناية بركة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بنير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في البعد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تقوية الحرية (والثاني) يصح لان الحق لها لا يخرج عنها فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلته لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقاراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابته

المهدة فان أراد أخذ أرض الغيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرض كالموجود بها عيماً، ولو باعه عيماً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن غده عيماً فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل وان ضمن المشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بنير خلاف لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالتذر والاقرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بمنه فك الحجر عنه لان من اصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والتذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كالموافقا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عبثاً أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تقم اثارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

(مسئلة) (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لها)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بنير رضا الملتزم كالتذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه اثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط قاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجيح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتم به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالأقرار بالائلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير إذن كالتسكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال بربقه وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق بربقه أو بذمة سيده على روايتين كاستدائه باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كمتعلق حق الجناية بربقة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده كالعبد الفري لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتم به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى قهوت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لها لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلوه، ولا يعتبر رضى المضمون عنه لا تعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولا ويعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا مسامحة بينه وبينه ولا أصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة قائما ضنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من تبرع له به كالتذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة، وإذا فهمت اشارة الآخر من صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرية فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن عليك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيـهـك فقال والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحمير نجرة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستنظره ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل نجاة في الوقت الذي قال انبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصت هذا ؟ » قال من معدن « قال لا خير فيها » وقضاها عنه رواء ابن ماجه في سنته ولانه ضمن مالا بمقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فمندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بمقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز أن يخالف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجع به لان أكثر ما فيه هنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً لا فضمنه حالا لم يصح حالا ولا يلزمه اذاؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولا أن

(مسئلة) (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تدائنه به صح)

يصح ضمان المجهول فتى قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به اليئة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روز ما نملك صح الضمان، وهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالتنـ.

ولنا قول الله تعالى (ولن جاء به حل بغير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حل البعير مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بغير وخطر وهو ضمان الهبة، وإذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله قبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم ينبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كالأمر كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون فأشبهه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لأحدهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى (فصل) وإذا ضمن ديناً مؤجلاً عن إنسان فأت أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما فإن قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص يموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فإن قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بنبر اذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى التبريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو يموت وقوله أدخله فيه قلنا إنما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

(مسئلة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة انضمام مع بقائه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح في المجهول كالعتق والطلاق (فصل) وبصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة كإثني قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال في هذه المسئلة الضمان ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا : قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله التي متاعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجمل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون وبثبت

وبعد الموت وهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال عليهما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لملي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتيانا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملها أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال أما مات أسس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدة» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فإذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدة» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا بد بالضمان صار له وفا وأما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاً، وأما قوله «لملي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان يحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو مما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أفت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لتبرأت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت الحق في ذم الثلاثه أيهم قضاء برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فإذا قضى مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وإن أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وإن أبريء الضامن الثاني بريء وحده، وفق حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغريم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وإن ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصبر فرعاً فيه فإن ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) أو يصح ضمان دين الميت الفليس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين

عليه جلده» ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الدمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحليين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحلي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براهته بمجرد الضمان روايتان (احدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحلي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الدمتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحلي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تمذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عندئذ استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انقسخ من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برثا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال التبريم برثا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما التبريم برثا جميعا لان الحوالة كالتقضاء (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعبر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكره . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في إحدى

ويثبت الحق في ذم ثلاثة أبهم قضاء برئت ذمتهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالبراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في البراء غرم. والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيله وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برىء وحده (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال «الآن بردت جلدته» رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة «وبرىء الميت منهما» قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالتن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالردي بالبيع وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي (مسئلة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وان ظهر فيه عيب او استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب، ضمان المهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والمهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فغير به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان المهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبدا مرهونا فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة متفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان المهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءاً منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بآداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لأنهم فروع له، وإن أبري أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يحجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدته لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبريء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يحجز لأنه أصل له في الكفالة لم يحجز أن يصير فرعاً له فيما كفل به وإن كفل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

وبعد . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا يذني على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجعالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو نمته أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند إطلاقها على الزادة لأعلى الجمل وإن كان الموضوع لغة . فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على طريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارنة له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائث أو بنصب من يده أو يتقايلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارنة نظرنا فإن كان بسبب لا تقريظ من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارنة لتقريظ من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وإن أراد أخذ أرض العيب رجع على الضامن أيضاً لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿مسئلة﴾ قال (فتي أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعاً به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يحل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها مبيعة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عنها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائع فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا ماله الى القروم لان للمكاتب تعجز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالنصبوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال ضمن غني، وما ذكرناه ليس بصحيح لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالتقدي بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجوع والا فلا لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك أذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) فأما الأعيان المضمونة كالنصوب والمواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة فأما يضمن ما ثبت في الذمة ووصفنا لما بالضمان أعانناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصحت ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، فوهم أن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إزاء هو ضمان استنقاذاً وردّها والزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا ما يصح ضمانه كهدية المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمنافسة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لأنه لا يؤوّل إلى اللزوم أشبه مال الكتابة

ولما قول الله تعالى (وإن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤوّل إلى اللزوم إذا عمل العمل وأما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرض الجنابة سواء كان نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الدية معلومة الأسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمتنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبله لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبل ما لها إلى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالأعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجمالة والصدّاق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فتي أداء عنه بإذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة قلنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولانه تبرع بذلك أشبهه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبرى من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضا عنه عند اتناعه فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بأنه لم يترك وقاه والتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابيه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بإذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين)

وجلة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن بإذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه مالو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجماً وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا وجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لقلس أو مطل لان نفس الحوالة كالإقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك أذنه في الاداء لان الضمان بوجوب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، قولهم ان إذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فتى أداء عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره فقيه روايتان (أحدهما) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانها لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبه ما لو علق دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالخالك إذا قضى عنه عند استناعه ، فلما علي وأبو قتادة فانها تبرعا بالقضاء والضمان فانها قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وقاه والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في احدي الروايتين لانه لم ينفي عنه ولا أذن له في القضاء

يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لأنه لم يضمن عنه ولا إذن له في القضاء فإذا رجع على الذي ضمن عنه رجح على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) إذا ضمن عن رجل بإذنه فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فبرهنه كان للسيد مطالبة بفكائه وتفريغه من الرهن والاول أولى ، ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فإذا رجح على الذي ضمن رجح على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) وإذا ضمن عن رجل بأمره فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فبرهنه كان لسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والاول أولى . ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا ييطل بالضمان شيء من منفعه فاما إن ضمن عنه بغير إذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الأجني ، وقيل إن هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فإن قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ماضى تفصيله (فصل) وإن ضمن الضامن آخر فقفى أحدهما الدين يرى الجميع فإن قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وإن قضاء الضامن الاول رجح على المضمون عنه دون الضامن الثاني وإن قضاء الثاني رجح على الاول ثم رجح الاول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه فإن لم يكن إذن له فقي الرجوع روايتان ، وإن أذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجح المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على إحدى الروايتين فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجح على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره

(المغني والشرح الكبير) حكم ما اذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى الدين أحدهم ٩١

المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منامه ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برثوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او اذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروايتين، فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له ائف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابرا الغريم أحدهما من الالف برى منه ويرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بينة عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتدل ان له صرفها الى ماشاء منها كن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتدل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبري ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى القا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه ليرجع على الغائب بشيء لانه باذكاره معترف أنه لاحق له عليه وإنما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وحاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبري فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف بري فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين إنما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إما يرجع على من اذن له دون غيره
(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه
فأبرأ التريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء
أحدهما خمسمائة أو أبرأه التريم منها وعين القضاء بلفظه أو بينة عن الاصل والضمان انصرف اليه
وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منها كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان فائب وحاضر كان له
صرفها الى ما شاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء
والأبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الأبراء
لفظ المبرىء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر
بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه
وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب
بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وطاد الحاضر عن
انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقيم على
الحاضر بينة حلف وبرىء ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف وبرىء ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه
ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاضيل فان
رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع
عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه
المضمون عنه أو كذبه لانه أذن في قضاء مبرىء ولم يوجد ، وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن ان
كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بينة
مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها ، وان
ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهداً واحداً
فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس
له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بمحضرة المضمون عنه
فتيقه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ
كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرىء فأشبهه ماله قضى في غيبته
(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضا
ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خسر المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين انما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه يئنة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا يئنة له قال قول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن عما قضاء عنه ؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بشير يئنة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاء يئنة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط ، وان قضاء يئنة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه اليئنة كدسها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى يئنة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأ ظاهراً والثاني ما أبرأ باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأ ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به يئنة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر .

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بنجر عقبة بن الحارث .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغيرم ولا له تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ورجع بالاقبل مما أحاله أو قدر الدين سواء قبض الغيرم من المحال عليه أو أبرأ أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطلق لان الحوالة كالأقباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغيرينة بمحضرة المضمون عنه فقيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري ، فأشبه ما لو قضى في غيبته ، فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبري في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبري في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة الرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجله ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً مات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتمجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى التبريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكى زفر ان لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو لم يموت ، وقولهم أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

خفيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفله به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفله بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لأنه وصل بإقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وإن كانوا ثلثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فإن قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليها، وإن قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته لم يرجع الألف على المضمون عنه لأن كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفله بنفسه لزمه ما عاها إن لم يسلمها)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والآخر، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تمطيني أو تأتينني بحمير فخره إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل؟» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من أين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لا خير فيها» وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولأنه ضمن ما لا يعقد مؤجلاً فكان مؤجلاً كالبيع، فإن قيل فسدكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً. إذا ثبت هذا فكان الدين حالاً ففضله إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهر فإن قضاها قبل الأجل قلنا الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلم تصح كالـ كفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأثنتي به الا أن يحاط بكم) ولان ما وجد تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفر، به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يفرم

ولنا عموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها التفرم كالـ كفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه كان كفילה به وان كفيل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بمضو تبقى الحياة بعد زواله كيد ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعاق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة بمض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة يدين كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي نقول لانه اذا قضى دينه بغير اذنه رجع به لان ما فيه ههنا انه قضى بغير اذنه وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح حالا ولم يلزمه أدائه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأننا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنها قد يجب احضارهما بمجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنها، وتصح الكفالة يدين المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح. ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يبيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة يدين من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه او لا دمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لمان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لا دمي فصحت الكفالة به كمائر حتموق الآدميين. ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لها ولانه عقد لا يقتصر الى القبول فلم يدخله خيار كالتذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل القاضيان اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهما بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالتن والضمان ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظلمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالأجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه اشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل قاحضره وسلمه بريء ، وان كان غائبا أو مرتدأ لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه وأطاعته ، وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يستبر في وجوب ادائه امكن التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فذهب من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والاثار ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتني به. الا ان يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كاللأل

(مسئلة) (وتصح بيدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة)

تصح الكفالة بيدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بيدن لازم سواء كان معلوما أو كان مجهولا ، وقال بعض الشافعية لا يصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجبهه

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال طررض ولانا قد

النية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت النية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا يبرأ كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لنية شهوده أو غير ذلك وقد هرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان المقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كالتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بيننا ان الضمان المجبول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لاتعلق بالمال ابتداء اولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالانلاف واذن وليهما يقوم مقام اخنهما ويصح بيدن المجبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع النية والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المجبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت النية غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالفصوب والمواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسألة) (ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لا دمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لمان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليبه محبوساً لأن ذلك الحبس يمنحه استيفاء حقه وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليبه لأن حبس الحاكم لا يمنحه استيفاء حقه وإذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس وإن توجه عليه حق للمكفول له جسده بالحق الاول أو حق المكفول له

(فصل) وإن كفّل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وإن جملة إلى الحصاد والجزاز والمطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصيح كالتذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفّل رجلاً آخر فقال : إن جئت به في وقت كذا والا فإني عليه علي فقال لا أدري ولكن إن قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسماً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما إن قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وإن قال إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لا كفالة في حد » ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا نهى عن التجوز استيفاءً من الكفيل إذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(مسئلة) (ولا يصح بشر معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه (مسئلة) (وإن كفّل بجزء شائع من إنسان أو عضواً وكفّل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين)

أما إذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يده أو بوجهه كان كفيلاً به فإن كفّل برأسه أو كبده أو جزءاً لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه احضار ذلك إلا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسري إذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وإن تكفل بضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها إلا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم بتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عاينه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك مالك على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عاينه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كجسي المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيها عند

فثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (وإثاني) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بإنسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عاينه لم يصح عند القاضي فيها لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيها لانه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان الهبة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عاينه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كجسي المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبري المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفله بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا التبريم على أن تبرئي من الكفالة بفلان أو وضمت لك هذا الدين بشرط ان تبرئي من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئي من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبائع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني مطلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال

(فصل) فان قال كفلت بدين فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرط لا يلزم الوفاء به فيكون قاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرئ المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفله بهذا الشرط فلا تثبت كفالاته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا التبريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ يوم آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

(مسألة) (الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يستر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاء ، ولا يستر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضا كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يستر رضاء فيها كالتذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يستر كالضمان (والثاني) يستر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بشئ اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل نفسه حقاً عليه وهو الحضور منه من غير رضا فلم يحجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

(مسألة) (ومتى أحضره وسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجه ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالثمن والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسليمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالاته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المقود عليه كالاجارة فان امتنع من تسليمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غرضه وطلب منه تسليمه على وجه لا ضرر في قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسليمه أشهد على اتناعه رجلين وبرئ لانه

وان سلم المكفول به نفسه برى، كقبلاه لانه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدي الوقيتين انحلّت من غير استيفاء فلم تحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لما فاذا برى، الاصل مما تكفل به عنه برى، فرطه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرى المكفول به برى، كقبلاه ولو أبرى أحد الكفيلين برى، وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة المقدين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد برى، منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدتين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوقى أحدهما حقه

(فصل) وتقتصر صحة الكفالة الى رضی الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضی المكفول له لانها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها ألزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضاه المكفول به فقيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان

فصل ما وقع العقد على فعله فبرى، منه، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه برى، فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الترميم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كن سلسل المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي ان أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برى، من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برى، من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل اذا أحضره فيه والا برى، كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لنسبة شهوده او غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فنهى لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولا نه يجمل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وأما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال المكفول له احضر كفيلاك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان وانكفالة لازمين للبشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يمكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرد الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه بريء الكفيل) اذا مات المكفول به بريء الكفيل وسقطت الكفالة ، وبه قال شريح والشافعي وحاجد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحنك ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما ألزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بريء الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿مسئلة﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجلته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما ألزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه دين حين كفله فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفله فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل (فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به فاما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفلت به فلان بريء وبريء كفيله

(مسئلة) (وان تعذر احضاره مع بقاءه لزم الكفيل الدين أو عوض العين)

متى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب به الغرم كالكفالة بالمال

(مسئلة) (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ماعليه)

اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي فيه واعادته وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يستبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيها اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفّل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته إلي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به ، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفّل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والمطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته هنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى منها عن أحمد في رجل كفّل رجلاً وقال ان جئت به في وقت كذا والا فاعليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه ، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى التسد أو الى شهر كذا تعلق بأوله علي ما ذكرنا في السلم فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطره فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى هذا الخلاف هنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه (مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا اذا كفّل رجلاً باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيلاه

(فصل) واذا كان لذي على ذي خسر فكفل به ذي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمها قيمة الحمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الحمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا برىء المكفول به بريء كفيلاه كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برثا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الحمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استمار عبده فرهنه باذنه فإن عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق المكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلاك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشردون الأمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء (فصل) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا

أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له

ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انفصلت من غير استيفاء فلم تحمل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الزهنيين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لها قادا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانها فرعه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبرىء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل أعطه غني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك واشتراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا تفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق (فصل) قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريباً لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منها فإذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوقاً أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا تفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخطاء لينيي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مالم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها إن شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب ف قوله (سبعائه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخطاء لينيي بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها إن شاء الله تعالى ، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسألة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال بإسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيا حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواء الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا بجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورضعهم عنده يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال بإسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيا حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواء الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا بجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورضعهم عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالأصل إباحته وحله ، فأما المجوسي فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لأنه يستحل مالا يستحل هذا ، قال حنبل قال عبي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لأن تصرفه صحيح

(مسئلة) قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فإزق الله تعالى فهو بينهم فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الحياض والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجئنا بشيء ، وفسر أحمد صفة الشركة في النسيئة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القتال يختص به دون الغامضين وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتشاف والاعتصام لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الأصل فأما المجوسي فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته لأنه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عبي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فإن فعل صح لأن تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان أن يشترك اثنان بما لهما ليعملا فيه يديهما وربحهما فما ينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه ، وهي جائزة بالإجماع ذكره ابن المنذر وإنما اختلف في بعض شروطها واختلف في علته تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لأنها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سوا بين فريستها وتساويا في السير فإن غناهما يكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض يقال غنت الي حاجبها إذا عرضت فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منها عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال طانت فلانا إذا طارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه ماله وأفعاله وهذا يرجع إلى قول الفراء (مسئلة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير إذا كانت غير مفسوشة لأنها قيم الأموال وأمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زماننا هذا من غير نكير (فصل) ولا تصح بالمعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بإسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال : اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحجيه أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين ، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرم عليه وقال أحد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم ، فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى أخذ شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيها يهيئونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحجيه أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى إنما جعل النعمة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يستلوثك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما أن يكون قد أحجم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة

وحكماء عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو مثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحد مما قبل يمه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز ، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضاربة بالمنازع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والاوزاعي وحاد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في الماين جميعاً وكون ربح الماين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الاثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان ويرجع

أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالمواشرك في الحياطة والقضارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستناب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) ونصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما فاذا قبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعها لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لانها اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحق فيهما من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصنائعان ، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لانها كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، وبذلك على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) واذا قال أحدهما انا أتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحت الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها ، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت التقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تسكن من ذوات الامثال لم يحز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها ، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولانها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمشوش والفلوس ؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمشوش من الأمان هل تصح ؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الفش او كثر وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ان كان الفش اقل من النصف جاز وان كثر لم يحز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مشوشة اشبه مالو كان الفش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الفش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن اتحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم التفرقة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت (المنفى والشرح الكبير) (١٥) (الجزء الخامس)

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة، والمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايها دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفریط فهي من ضمانها معاً لانهما كالموكلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانها يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تتعقد إلا على الضمان ولا شيء منها تتعقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتل ان لا يلزم احدهما ما لزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفریطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هاني، وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الابدان فيأتي احدهما بشيء ولا يأتي الآخر

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احمد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها عن فاشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فاشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزائياً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

❦ مسألة ❦ (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منها جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثلث والربح)

لأنها أحد أنواع الشركة فاشترط علم لصيب كل واحد منها من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما ممأ وبضاهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعا فاذا ترك احدهما العمل فإوفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على البهيمين او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن أجزاها بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمتها وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة بيع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل بما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضل في الربح مع وجود العمل منها كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشترط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضعية فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قال الربح ينشأ فهو بينهما نصفين) لان إضافته اليها اضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قال الربح ينشأ

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاختلال به فملى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

(مسئلة) (وان شرط لاحدهما جزءا مجعولا لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالنهن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالنهن في البيع

التي اكتراما ولان الشركة اما أن تعتمد على الضمان في ذمهما او على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرتي بيني وبينك لم تصح كما لو قال به عبدك وثمنه يتنا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهم فان اطان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا والاكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستملان في العمل المشترك فصارا كالدايتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلتا حمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر اجر عملهما واجرا الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فانفقا على ان يعمل بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطاً صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد وقيل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والتخمي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطاً لاحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد التوين لم يصح) وجملة أنه متى جعل لضيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة. قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة، وانما لم يصح لأميرين (أحدهما) أنه اذا شرط دراهم معلومة احتل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرط له الدراهم (الثاني) ان حصة المامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهات الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان المامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم قائمته منه وحصول قعقه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح.

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لاحدهما ربح أحد التوين أو ربح احدي السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك الميعن دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يحجز وبهذا قال الشافعي

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها ولعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تدون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكيها ، وقال القاضي يتخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بينهما فالأجر لملكها وإن قبل حمل شيء فحملة عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجرة مثلاً لملكها ولنا أنها عين تمني بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وهذا يتبين أن يخرجها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في ربة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يزرعه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فإن الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحي ولأن ربح نصفه هو نصف ربحي ، ووجه الأول أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يحز كما لو قال لك ربح هذه الخمسة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراد ربح شيء من المال

﴿مسألة﴾ (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

﴿مسألة﴾ (ولا يشترط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة النان إذا عيناها أو احضراها وبه قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يدوكليهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانهما إذا لم يخلطاهما قال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارة فقال: لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيد على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلاث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يحزم مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يحزم نص عليه، وغنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء رآه جائزاً لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر قيل لابي عبد الله فإن كان النسيج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له مثلاً

ولنا أن الوضعية والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنائير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا أنهما من جنس الايمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا ربح هذا بدنايره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوماً المتباع ينفد البلد وقوماً مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الايمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل ولنا أنهما مالان من جنس الايمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) (وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشراثلثا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والتخمي والزهرى وأيوب ويلى بن حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس مانقل عن أحمد حجة الشركة وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تسمى بالعمل فيها فصح دفعها ببعض عاها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جمل له بعض مموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته بقياس قول أحمد جواز ما ذكرناه من المسائل (فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر أكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذا تقديره أجر دابته لتكون أجرها ينشأ وأوَجِر جوالقاتي لتكون أجرها ينشأ، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا إذا أجرا الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجِر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر ينشأ كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال الى صاحبه بأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك فاما ما يشترطه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيته

(مسئلة) وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك

لان العقد اقتضى ان يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف احد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يبدل على خلافه

(مسئلة) (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الحسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالحسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفعه دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تمي بالعمل عليها فهي كالبيمة فلي هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولاهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فاشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي القاسد في المستلثين جديا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما المروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكامله والراوية ههنا تخلق وتنفق، ولا اجارة لانه لا تقدر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لا يغرف الماء في الاثناء ملكه فاذا باعه فتمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبيه اجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كمائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

غخص بملك ربه لاشيء فيه للعامل فيكون تقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من الثمار فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمار وتلف الشجر أو هلك شيء من الارض يترق أو غيره لم يكن على العامل شيء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشري ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشري مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه مادة التجارة، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما يليه أو وليه صاحبه، وله أن يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك أن أقر بالثمن أو بعضه أو اجرة المتأدي أو الحمال لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة. بمطلق الشركة لان مبنائها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانه ان كانت يما فقد أذن له فيه وان كانت فسحا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فلا كالد بالرد بالعيب والآخرة يملكها لانها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المتافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعليها لان حقوق العقد لا تختص بالعائد

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بموض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين .

(مسئلة) قال (وان اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة البدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الحرقى في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بسبب فله ان يقبلها وان يعطي أرض العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسئلة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا بزوجه ولا يستق على مال ولا غيره لان الشركة انمعدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحاي لان ذلك ليس بتجارة

(مسئلة) (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا بأذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطرا فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من انسان بضاعة ويعطيها بتمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

(مسئلة) (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبيع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين)

أو مالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما إلا إذا أخذوا المال بمجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلناه وجهه لكونهما مشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الحرفي بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مغلانا نوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولأن الحرفي ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الحرفي (واقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بمالهما وهذه شركة السنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بمجاههما وقعة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك وبينهما ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال أو لم يبين شيئا من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رأس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قاله الثوري ومحمد بن الحسين وابن المتذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنف من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الإيداع والابضاع على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجارة وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وهل له أن يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تقريراً بالمال ، فإن اشترى شيئا بقدره مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئا من ذوات الأمان وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لما ذكره ، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز لاوكل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد شركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالزل ، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرهن بالدين الذي لهما على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للإبقاء والارتهان يراد

وانا أنهما اشتراكا في الاتباع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايانه بينهما كالأ ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك اذا قال ما اشتريناه أو ما اشتراه احدهما من تجارة فهو بينهما فهو شركة صحيحة ، وهما في تصرفهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله ، وصميت هذه شركة الوجوه لانهما يشتركان فيما يشتركان بجاههما والجاه واحد يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسئلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه .

للاستيفاء وهو ملك الايفاء والاستيفاء فلك ما يراد لهما ، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص الماقد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والإيداع والبيع نساء والرهن والارتهان والافالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ، فاما التمليك بغير عوض كالمهبة والحطية لغير فائدة والقرض والعق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسألة) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له ، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يحجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضعته ، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفأ فهو له ربحه له والوضعية عليه ، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد بخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي اشريك بالمشاركة فيه فلم يحجز كما لو ضم اليها الفأ من ماله ، ويفارق الصرف فانه بيع ولابد العين بعين فهو كبير الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم اثنائي ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعملوا فيها بإبدانها والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقبل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسهما وتساويا في السير فان عنايهما يسكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عنى اذا عرض يقال عنى لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعاتة وهي المعارضة يقال عاتت فلانا اذا عارضته بمثل ماله واقباله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفضاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير قلها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زماننا من غير نكير، فاما العروض فلا يجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية ابن طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لان اشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او اماناتها فلا يجوز وقوعها على اعيانها لان اشركة تقتضي الرجوع عند المفاعلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لما يرجع اليه وقد يزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد احدهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسموا الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تكافأ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسموا ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذمم قاسم واحد فلا يمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالسب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ولا يملكها لأنه أن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبايع وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فأنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال أحمد إذا اشتركا في العروض بقسم الربح على ما اشترطا، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، نظاهر هذا صحة الشركة، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والأوزاعي وحامد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالكين جميعا وكون ربح المالكين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي إن كانت العروض من ذوات الأمان كالحيوب والأدهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الأمان أشبهت النقود ويرجع عند المفصلة بثمنها وإن لم تكن من ذوات الأمان لم يحز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسألة) وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيئه وختم الكيس وأحرازه لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف أن هذه الأمور يتولاه بنفسه (فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه) في ماله لأنه بذلك عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة أن يستتب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والتدأء (فله أن يستأجر من يفعله) من مال القراض لأنه العرف

(مسألة) (فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لأنه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمراة التي تستحق على زوجها خادما إذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر أن له الأجرة لأنه فعل ما يستحق الأجرة فيه فاستحقها كالأجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الأفي نوع من المتاع أو بلد بينه أولا يبيع الا بتقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بينه أو سامة بينهما أو مالا يعم وجوده كاليافوت الأحمر والخيل الباق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثله له (فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الائتمان قل النش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان النش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يحز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا أنها مغشوشة فأشبهه مالهو كان النش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون النش قليلاً جداً لمصلحة النقد كسيرة الغضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالكا ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ممن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها قلنا إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالسكينة نصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع بعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلامة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه يمنع الربح بالسكينة وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وفاسد مثل ان يشترط ما يعود بمجالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو ان يوليه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فاي يعود بمجالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أو ان لا يوزله مدة بعينها أو ان لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو ان يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزأً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفصلة ولا يمكن مع الجهل والجهل ولا يجوز بمال غائب ولأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخرون ما نير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولا نهان من جنس الأمان فصحت الشركة فيها كالجنس الواحد ، ومتى تفادلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهم ثم اقتسما الفضل نص عليه أحمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهم وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أرادا المفصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخرة ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا (فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وبه قال الحسن والشافعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك ولنا أنها مالان من جنس الأمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تقوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع 'نفسخ الجائز بحكم الاصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أحد السكسين أو أحد الالفين أو أحد العبدین أو أحد السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترطه أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو يعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تقضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالسكينة ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوما .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو أن يخدمه في شيء بينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئا من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في العوض المقود عليه فأفسد العقد كما لو جمل رأس المال خمرأ أو خنزيراً ولأن لجهالة تمنع من التسليم فيقضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدقعه الى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالتصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضراهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تعتقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالها وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا أن الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى بمقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما ميمزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مسئنة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضعية عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه ناء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساوى مالاها وعملها قفاص الدينان واقتسما الربح نصفين وإن فضل أحدهما صاحبه يقاس دين القليل بمنزله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنها يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجزؤه والحجر عليه لاسفه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وإن عزل أحدهما صاحبه أنزل المزيل لم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، ولما زال التصرف في الجميع لأن المزيل لم يرجع عن اذنه

كان له ما يميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشرف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على مشروطاء ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن احمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام احمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لاسكالاته غاؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه ائنه وبأذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو بئد اتصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالأذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزل له رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلاً وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبيع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا إنما يصح اذا كان الربح على قدر المالكين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتمين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة وبأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فينزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحبل ويحتال ويرد بالعب فيها وليه هو وفيها ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت بحرى الاعيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق المقد لا تختص بالمقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تعتقد على التجارة وليس هذه الانواع تجارة سيما تزويج البهائم محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يحبس لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيمته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجه ألفاً فهو له وربحه له والوضيمة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تملك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالشاركة فيه فلم يجوز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه يبيع وإبدال عين بين فهو كبيع الثياب بالدرام ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) قاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من اضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض القار الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهما من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازن ، ويشهد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناها لان القصد المعنى لجاز بكل ما دل عليه كالوكالة وهي تجزم على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروى عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن اسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدماه الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلق كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن الملا بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعة أو بأجر للمنادي أو للمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بسبب فله أن يقبلها وله أن يعطي أرض العيب أو يحيط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن يفرد أحدهما به كالإبراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه واشترى بثمن من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بخنفس ما عنده فهو يؤدي بما في يديه فلا يضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدان على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال إذا خالف المضارب فلا ضمان لهما على ما شرطاً وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فكان أجماعاً ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدرام والاندانير لا تنمي إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه أحمد وهو قول اشوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصين كالأول والربح بينهما فانه يكون بينهما نصين كذا هذا ، ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما إذا قال الربح بينهما فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصين لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة فلم يرجع أحدهما على الآخر فاقضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسألة) (فإن قال خذه فاعجز به والربح كله لي فهو باضع) لأنه قرن به حكم الإباحة فأنصرف إليه (مسألة) (وإن قال والربح كله لك فهو قرض) لا فراض لأن قوله خذه فاعجز به يصلح لهما

(أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالزول، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للايقاع والارتهان يراد للاستيفاء وهو ملك الايقاع والاستيفاء فلك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لأن فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكونه انتبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص الماعد فسلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فأما الإقالة قالوا ولي أنه يملكها لأنها إن كانت يماً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالبيع إذا رأى المصاحبة فيه فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ، وبمحتمل أن لا يملكها إذا قلنا هو فسخ لأن الفسخ ليس من التجارة ، وإن قال له أعمل براك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمسال والمشاركة به وخطئه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وإن قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفى الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وإن قال خذ مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إِبضاعاً صحيحاً لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إليه كما لو قال أنجز به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لانهما دخلا في القراض فإذا شرطه لأحدهما فسكاً به وهب الآخر نصيبه فلم يمتص صحة العقد

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه تماًؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الأصل

(مسئلة) (وإن قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والابداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تملكا بغير عوض كالهبة والخطيئة لغير قائدة والقرض والعق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجزيه ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه لفسخه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انزل الموزول فلم يكن له أن يتصر الا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع لان الموزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وإن كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بانزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذ عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه ينزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبهه الوكالة ، فلي هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر اليم أحيب طالب القسمة دون طالب البيع ، فإن قيل ليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيره ما إذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلائمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعمل ان الباقي له لانه لو قال أوصيت به هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

(مسئلة) (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لثقي الاحتمال كما يجب على المنكر لثقي ما يدعيه المدعي (فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أوجب إليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح إلا بالبيع فاستحققه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منها في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا وإن وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه انهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وإن كان على الميت دين تعاق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الأتمام وإن قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومنها ما يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح ينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

هذا مناه وإن قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله التصف وإن قال لك ربيع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه ما لو شرط الحسین ومذهب الشافعي في هذا الفعل ككذبنا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وإن قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح يتنا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بأبدانها فلم يجز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما في السوخذ كالأجيرين ، وشركة الأبدان كمسئلتنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذا عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز فان شرطاً له ربعاً متساوياً منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربيع مال كل واحد منهما له ، وان شرطاً ثلثين الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسم ، وبسميه أهل الحجاز القراض قليل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الريح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشاعر ان اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهما من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابنا به متاوقدا به الى المدينة فاماه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال واربيع كله فقالا لو تلقى كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربيعنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واحدا منهما نصف الريح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخالف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدرهم والدنانير لا تسمى الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجاهل فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا قلنا تمعده بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط احدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرط جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد احدهما أو لعبيدهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جملا الربح بينهما وبين عبد احدهما اثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان والآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد احدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي ، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح ، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرطه ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجبي لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطني امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنها لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لأن المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فیهما مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربح، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنع من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فلها لا تمنع من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فیهما مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه لأنها في معناها **مسئلة** (وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الأقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا تصرف العامل نقذ تصرفه لأنه أذن فيه رب المال فإذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينقذ مع أن البائع قد أذن له في التصرف ؟ قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالأذن فإن أذن البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وهنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه أذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه تمام ماله وإنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاً قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إبطاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز أن يضم الي القراض شركة كما لا يجوز أن يضم اليه عقد اجارة . ولنا أنهما لم يجعلا أحد المقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كمالو كان المال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك وأتجر بها والربح يتنا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل . ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن انفرد بزيادة الربح كمالو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لما كانا حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجوز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له فلم يصح كمالو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منها فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلنا الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان إبطاعا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سذكروه انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية أبي

فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالمعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا أنه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من تواجب المضاربة او ركن من أركانها فاذا فسدت فسدت أركانها وتواجبها كالصلاة ، ونفع وجوب المسمى في التكاح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو مستدر فتجب قيمته وهي اجر مثله كمالو تابعا فاسدا وقابضاتلف احدالموضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو أخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديه وتقريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه

(الجزء الخامس)

(١٨)

(المغني والشرح الكبير)

الحادث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق الشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد والحرق في على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولما أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدها مع وجود الأمرين من الآخر كالكامل وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل بمنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال سيده فصحه ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فتوطن (أحدها) أن يشركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعلا

مضمونا كان مضمونا في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تسديه كذلك ههنا (مسئلة) (وان شرطاً قيت المضاربة فهل تقسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربك على هذه الدرام سنة فاذا مضت السنة فلا تبم ولا تشتري (احدهما) يصح قال منها سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفاً مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول أبي حنيفة (واتانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص المكبري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع ، ويان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضاً فاذا منعه البيع لم ينقض (الثالث) أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع ويومه بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على افراده فصح مع غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطه ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارض جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وهذا قال الشافعي ، وأجازة الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حرين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة حواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة» ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولأن فيه غرراً فلم يصح كيبيع الثمر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه إلا كسائر التاديرة، والخبر لا يعرفه ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيجتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يطلب بالوكالة والوديعة والثالث . يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولأن لرب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال به هذا العرض وضارب بثمنه أو قبض وديعتي وضارب بها أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي فضارب به ، وأما إذا قال إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تسليمه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الاثني وقارق الدين فانه لا يصير ملكاً للغيرم الا بقيضه، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجوز ان يضارب عليها لما نذكره

﴿مسئلة﴾ قال (والريح على ما اصطالحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن العامل أن يشترط على رب المال ثلث الريح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الريح بماله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، وأما شركة العنان وهو أن يشترك بدنان بماليهما فيجوز أن يحمل الريح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وإن تفاضلا فيه مع تساويهما في المال وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الريح والخسران على قدر المالين لأن الريح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الريح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل مما يستحق به الريح فجاز أن يتفاضل في الريح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الريح في مقابلة عمله كما يشترط الريح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصص من الريح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الريح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط فإذا عدم وقال الريح ينشأ كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية فإنها لا تعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الإبدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوص فضارب الناصب به صح لأنه مال لرب المال يصح بيعه لناصبه ولم يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعة فإذا ضارب به سقط ضمان النصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمنه وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل ما لو تعدى فيه

ولنا أنه ممسك للمال باذن مالك لا يختص بغيره ولم يتعد فيه فاشبهه ما لو قبضه وقبضه إياه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يحمل الرجل دينه على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وأصحابنا وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا يحتمل أن يصح لأنه إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشترى باذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع ثمنه إليه فتراذمت منه وبصير كما لو دفع إليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله

فجواز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لانقادهما على العمل المجرد ، وأما شركة الوجوه فسلام الحر في بمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولا نها تتعد على العمل وغيره فجواز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لانفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجواز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذلك هنا ، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فلهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لأنه مضارب لصاحبه في ألف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطاً له دون نصف الربح لم يجز لأن الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وإن جملا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لأنه علقه على شرط ، ولا يصح عندم تعليق القراض بشرط والمذهب الأول لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا ، فإن قال له أعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لأنه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وإن اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون رأس المال معلوم المقدار فإن كان مجهولاً أو جزاء لم تصح وإن شاهدها وهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وأصحاب إراي تصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة ويغني إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده

(فصل) ولو احضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وإن أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الحرقي ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة الثمان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجعل له هنا في مقابلة عمله شيئاً وإنما جعل الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابتاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجوز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، وأما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما نقداً ويعملان جميعاً فيه فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه بالمولم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اسطحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بينهما لكان بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجعولاً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بينهما فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويحلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتناول القاضي كلام احمد والحرقى على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركبي المضاربة فجاز أن يتقصد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كلاماً وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه اليه كما يصح أن يضم اليه بهيمته بحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليها اضافة واحدة لم يرجح فيها أحدهما على الآخر فاقضى التسوية كما لو قال هذه الدارينى وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزءاً معلوماً أي جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه تمامه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الربح لما لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا منه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فعمل أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا هنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لأن الشرط يراد لاجله فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثروا قبل وأما تقدير حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطاً لأحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلاً كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لانه جمل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصه ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصه مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربح ، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنع من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل قلنا لا تمنع من التصرف فلا تمتع صحة المضاربة وإن شرط له امل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما قوماً إذا قال ربع مالك لك وربع مالي لي فقبل الآخر كان إضاعاً لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . ولنا أنهما لم يجزلا أحداً العقدين شرطاً للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) إذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال أضف إليه ألفاً من عندك وانجز بهما والربح بينهما ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضاً وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل فجاز أن يتفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أناس لان هذا مناه وإن قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وإن قال لك ربيع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أمان ونصف ممن وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لانه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم، وإن قال خذ ولك مثل ما شرط فلان وهما يلمان ذلك صح لانها أشارا الى معلوم عندهما وإن كانا لا يلمان به أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لانه مجهول .

(فصل) وإن قال خذ هذا المال فأنجز به وربيحه كله لك كان قرضاً لا قرضاً لان قوله خذ فأنجز به يصلح لها وقد قرن به حكم القرض فأنصرف اليه، وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه ففي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك، وإن قال خذ فأنجز به والربح كله لي كان إبطاعاً لانه قرن به حكم الإبطاع فأنصرف اليه فإن قال مع ذلك عليك ضمانه لم يضمه لان العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه، وإن قال خذ مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح

مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لها كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يحز، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربيع مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان لان فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وإن جملا الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان إبطاعاً كما تقدم وإن قالوا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا ان حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل ان يفعله أولاً يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم ينه عنه؟ في روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يحز له ذلك بغير إذن كالوكيل، يحقق ذلك ان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تحرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا طادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة ان الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتالي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنهما دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة الثمان لأحدهما، ويقارن ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بينهما وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والثانبي وقال مالك لا يجوز لأنها شريكان في العمل بإبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو اتفرد ولأهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في العوض كالاجيرين ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كمثلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما أن ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيرها بخلاف المضاربة، فإن قال له اعمل برأبك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تعديراً أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه قل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الاجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الإجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الحارثي صحة البيع فإنه قال إذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا أن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز واذا شرطاً له ربحاً متساوياً منها جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يحز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطاً التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاً لعدد أحدهما أو لعدد الباقي وكان ذلك مشروطاً لسيدته فإذا جملاً الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاً لأجنبي أولولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين، وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرطاً لقريب العامل أو لقريب رب المال أو لأجنبي لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل والأجنبي لا يستحق شيئاً لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحداً منهما فشرط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لأن في السفر تعريضاً للمال وخطراً ولهذا يروى: إن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله. أي هلاك ولا يجوز له التعريض بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر إذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرراً أو حضراً ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما أن أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وجاز مع الإذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع خوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في الطريق مخوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تعدى بفعله ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا أن يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولأن الضرر يجبر بضمان النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لأنه بيع لم يؤذن فيه أشبه بيع الأجنبي، فلي هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وإن أمكن رده وجب أن كان باقياً أو

الثالثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنهما إذا أطلعاها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالكين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيهما في المشتري لان لهما أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساوى في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسئلة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساوياً في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً لا تعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما ، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمه ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتناهب الناس بثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن انتحز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحنفي ، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشترىه فلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين أصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض ويشترى به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل ، وان قال اعلم برأيك فله ذلك وهل له المزاوعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزاوعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الناب وقال انجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله انجر بما شئت دخلت فيه المزاوعة لانها من الوجوه التي يبتنى بها النماء فلي هذا لو توى المال في المزاوعة لم يلزمه ضمانه

والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من البناء فأشبه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغيره لم يكن على العامل شيء.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجعلته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشراكة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وبمن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيها لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيها إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعتين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل بذني أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الأجزاء

(فصل) وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب فإن اشتراه بظنه سليما فبان معيها فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الأرض فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيله فيحمل الأمر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المغيب فطلب الرد رد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه إلا أن لا يعلم البائع أن الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه فلم يجوز إدخال الضرر على البائمين بتبعض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فإن حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لأن فيه ضرراً ولأنه لاحظ للتجارة فيه فإن اشتراه بأذن رب المال صح لأنه يصح شراؤه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويتق عليه وتتفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وإن كان في المال ربح رجح العامل بحصته منه فإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولأن الأذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للمعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فإن فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيها يشترط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح ألف أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً وقال لك ربح نصفه لم يحز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه ببارته الأخرى. ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جمل الآخر فلم يحز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال

(مسئلة) قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين

والأخرى لا يضمن

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التضرف فقال نقداً أو نسيئة أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لأن الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه مالهو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيها يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفستت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون ما ذنبا لأن الاذن لإعانتا تناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضرها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها أيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيها

البلد أو ذكر هذا غيره جاز ولم يحز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يعم مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (احدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يحز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الاعلى وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تقرير بالمال وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كانه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا مادة التجار ولانه يقصده الربح والربح في النساء اكثر ويفارق الوكالة المطلقة قلنا لا يختص بقصد الربح وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيرها بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يحز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء قابلي صحيح ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء قابلي باطل لانه فعل لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء قابلي باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يتق على رب المال باذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي أئلف عليهم بالعتق وان نهى عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالتهمي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يتق بالشراء

(مسألة) (وان اشترى المضارب من يتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسيمة لم يتق منه شيء لانه ماله وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لا يتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه اكون الربح وقاية لرأس المال فلم يتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ويحتمل قول الحرقى صحة البيع فانه لما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل ضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيته إذا تعذر عليه استرجاعه إما تلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمه بقيته ايضاً لانه لم يفت بالمبيع اكثر منها ولا يحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمها واحتمل ان ضمن الثمن لانه وجب بالمبيع وفات بتفريط البائى وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تقريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى : ان المسافر وماله لملى قلت إلا ما وفى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التقرير بالمال بغير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن غوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والشافعي) يمتنع به بدر حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعله فمتنع عليه كما لو اشترى بماله وهذا قول القاضي ومذهب اصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسمى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشترى ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك في الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشترى بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتنع عليه كشريكي العنان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشترى في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شراؤه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فإن فعله عليه المهر والتزير وان علقته منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقته منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمتنصوص

أو وجدت قرية دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع غوف على الوجهين جميعاً وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تمتد بفعل ما ليس له فعله ، وإن سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وسحاذ بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف إذا شخص به عن البلد لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا إن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضرو أجر الطبيب وعن الطب ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة انقضت إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما نفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كول وملبوس ومركوب وغيره قال أحمد في رواية الأثرم أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وإن أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكل ولا كسوة له قال أحمد إذا قال له نفقته فإنه ينفق قيل له فيكتسي قال لا إنما له النفقة وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لأنه قيل له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى كسوة فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكل

عن أحمد أن عليه التعزير فقط لأن ظهور الربح يبني على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد فإنه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً لأنه ينقصها إن كانت بكرًا ويمرضها للخروج من المضاربة والتلف فإن فعل فلا حد عليه لأنها ملكة فإن أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منها زواج الأمة لأنه ينقصها ولا مكاتبه البعد لذلك وإن اتفقا عليه جاز لأن الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير إذن نص عليه أحمد في رواية الأثرم وحرب وعبد الله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لأنه إنما دفع إليه المال هنا ليضارب به ودفعه إلى غيره مضاربة يخرجته عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولأن هذا يوجب في المال حقاً كثيراً ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالنائب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وزد بدله إن تلف أو تعذر رده فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على

(الغنى والشرح الكبير) الأُمُور التي تمتنع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل ١٥٣

أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الاطماع في الكسوة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع ما من المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك ، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر أما بذلك الموضع أو في غيره وقد نص المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة فضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه عما لا يتعابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص لأن الضرر ينتج بضمن النقص ، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه ببيع الأجنبية ، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا

وجه الامانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بحرية أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله ؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بشيء إذن أشبه الغاصب ، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح في اشتراؤه في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو ينفق الثمن من مال المضاربة ، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان مالاً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الأول لأنه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن رب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته إن كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لأن التلف حصل في يده وأما ما يتفان الناس بمثله فغير ممنوع منه لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يحيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحنفي، وقال القاضي إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته فلان قال بيع باطل أيضا

(فصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضا بمرض ويشترى به فإن قلنا لا يملك ذلك ففعله حكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتل أن لا يملك ذلك لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها الزراعة وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع فزرع فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه الزراعة لأنها من الوجوه التي ينتهي بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في الزراعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله أن يشتري المصيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المصيب

إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لأصول المذاهب ولا نص أحمد فإن أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولا المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بأحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع إليه الفاضل مضاربة ولأنه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فإ شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

(فصل) فإن أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا بن الربح كان صحيحا وإن شرط لنفسه شيئا منه لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق لواحد منهما فإن قال اعمل برأيك أو بما أراك الله تجاوز له دفعه مضاربة نص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة فإن قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا أنه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراء يظنه سليماً فبان معيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب او امساكاً واخذ ارش العيب فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فله ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد العيب فلطالب الرد رد نصيبه وللاخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لما جيباً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجوز ادخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضرراً فان اشتراء باذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه لانه قد تلف ويكون محسوباً على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع العامل بمحصته منه وان كان بغير إذن رب المال احتل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراء في الذمة وقع الشراء للعائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا موكله

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح ان يشتري خمرأً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كآلو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

(مسئلة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجله ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر باذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتنفس المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الائتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لأن الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذلك الثمن فيها يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر إن لم يكن العامل علماً بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معيماً لم يعلم بمعيه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(فصل) وإن اشترى امرأة رب المال صح الشراء وإن كان خائفاً من الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فإن قلنا يلزمه رجم به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وإن اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إذا كان غير اذنها لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وشراء زوجها يضرها لأنه ينسخ نكاحها ويضرها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها أبناً

متى اشتعل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يحجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكلاهما خير المشترك

ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما يضمنه لم يحجز له كما لو أراد التصرف باللبن وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا أن فعل وربح رد الربح في شركة الأول وليقسمانه فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع إلى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول فكان بينهما كربح المال الأول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع إليه لأن العدوان عن المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولما لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وإن حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا: والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانية شيئاً لأنه إنما يستحق بالمال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتعدى المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يموت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يتق على رب المال بأذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقتنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الفرما لانه الذي أئلف عليهم بالعتق وإنهاء عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالأذن وقد زال بالتهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا اذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر ولا شافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يتق بالشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يتق منه شيء لانه ما يملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يتق وهو قول أبي

التجارة للعب أو اشتغال بعم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة لم يحجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجبر أنه فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال ما يجزي أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله اعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه وانجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبدا فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلاحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فاتالت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه ولا شافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباء عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يمتق لذلك (والثاني) يمتق بقدر حصته من الربح ان كان مسررا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيمتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان مسررا ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك والربح ظاهر وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحدا وجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتق عليه كشرطي الثاني (فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنجوما ذكرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فغلبه المهر والتعزير وإن علفت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علفت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتهما ونحو هذا

ولا تناو لجملتها للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سببا لاقراده بالربح وحرمان المتعدي عليه وعكس ذلك أولى وان جملتها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضا وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل المذاهب روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحاد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري ولنا أنه متصرف في مال غيره بشيء إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحاد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركبها وقال القاضي ان اشترى في التمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والباطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا خبيل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح يبنى على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد لانه يندراً بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطه الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرأ وبمرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكة وان علفت منه صارت أم ولده وولده حرك ذلك ونخرج من المضاربة ونحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللمامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج عنها من المضاربة وصار قرصاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منها تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه البعد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لما لا يخرج عنها .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل يمتنع لوجبه (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحد محدث عروة البارقي وهو ماروي أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض لابي عليه السلام جلب فأعطاني ديناراً فقال « عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة » فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فبعت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فبعت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وكيف صنعت ؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكة فكان للمالك كما لو غصب خنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (احدهما) لا شيء له لانه عقد عقد ألم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق المامل عوضاً كما لو عقده بأذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (احدهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته وقعد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين

(فصل) وعلى المامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع إليه المال منها ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إعجاب حق في مال إنسان بغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن عمل فلم يتلف المال ولا ظم فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تعذر رده ، فإن طالب الأول وضمنه قيمة اتالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لأنه غره فأشبهه بالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لأن التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل الثاني أجر مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فـ كان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب ، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيما اشترى في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه بالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن واتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه استحق الربح في مقابلته وإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة لأن العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالتداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمه نص عليه أحد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى السرف فإن فعل العامل مالا يلزمه متبرعاً فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فنص أحمد على أنه لا شيء له ، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الأجر بناء على التبرك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لأن المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لأنه يقتضي حفظ المال ولا يمت ذلك إلا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كان غائباً عن رب المال فإنه حينئذ لا يكون مطالباً به إلا المضارب فإن تركه ضاع ، فعلى هذا أن ترك الخصومة وانطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فاما أن كان رب المال حاضراً وعلم الحال فإنه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه إذا تركه لأن رب المال أولى بذلك من وكيله

الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان مائلاً بالحال فلا شيء للعامل كالتأجير وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بموضع لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ولا نص أحمد فان أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منها والعامل الثاني عمل في مال غيره بنسب اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الفاضل مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بنسب اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون العامل الاول وكلاً لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كتب صحيحاً وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح قال امر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في البدل ربح فالتقصاس اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انقراض المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشترى من مال المضاربة شيئاً لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لا ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استقرقه الديون لان امرءاء يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح إنما يستحق بواحد منهما وإن قال اعمل برأيتك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة لص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيتك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها إذنه

(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمه لأنه أمانة فهو كالوديعة فإن قال له اعمل برأيتك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا أنه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيتك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول اعمل برأيتك فيملكها

(فصل) وليس له أن يشتري خرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فإن فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر ويصح إياها لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به، وقال أبو يوسف ويصح شراؤه إياها لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا أنه إن كان العامل مسلما فقد اشترى خرا ولا يصح أن يشتري خرا ولا يبيعه وإن كان ذميا فقد اشترى للسلع ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولأن الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الأخرى لأن المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة

صار مستحقا للفرء فصنع شراء السيد منه ببقية الفرء والاول اولى لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن تعلق حق الفرء به كالعبد الجاني

(فصل) فإن اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح لص عليه أحد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لأنه شريك ولنا أنه ملك لغيره فصنع شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وإنما يكون شريكا إذا ظهر الربح لأنه إنما شارك في الربح دون أصل المال فإن ظهر ربح فشرائه كشراء أحد الشريكين من شريكه

(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين لصيب شريكه صح)

لأنه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه إن لم يكونا بطلان كيلة فلا بأس وإن علم كيلة فلا بد من كيلة يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لأنه ملكه)

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجوز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فان فعل ورجح رده في شركة الاول)

وجملة ذلك انه اذا أخذ من الانسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يحتاج الى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجوز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا عكك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك وتنا ان المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما نتمه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وقارق مالا ضرر فيه فعلى هذا اذا فعل ورجح رد الربح في شركة الاول وبقتبها، فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استعقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان المدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والمدوان منه بل ربما اتفع اذا كان قد قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بحساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويخرج أن يصح في الجميع بناء

على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصا) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرار جاز لعن عليه أحد في رواية صالح وان استأجره لتقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجني ، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والفرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المقود عليه

(مسألة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بغيره أو غير ذلك ولو أوجب عوضاً لا يوجب شيئاً مقدراً لا يخفف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيها فقال أحدهما إذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فإن كانت لا تشغله؟ فقال ما يعجبني أن يكون إلا بأذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وإن فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو أنجز فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا فإنهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل خنطة فأنشأت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجبين (أحدهما) يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيأطان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال، والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجبين، والاول أولى لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدان فلا يزول بالاشتباء عن جميعه ولا عن بضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولاتا لو جعلتهما للمضارب أدى إلى أن يكون تقيطه سبباً لانهاءه بالربح وحرمان التمتع عليه وعكس ذلك أولى وإن جعلتهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.

وهذا قال ابن سيرين وحاذ بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف إذا شخص به عن البلد لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمل

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطبيب لأنه دخل على أنه لا يستحق من الربح إلا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يخص بالربح إذا لم يربح سوى النفقة، فأما أن شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» فإن قدر له ذلك فحسن لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الأثرم أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وإن أطلق صح من عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال أحمد إذا قال له نفقته فإنه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا إنما له النفقة، فإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لأنه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى

ولنا أنه متصرف في مال غيره بنير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لأنه نوع تعد فلا ينضم كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم تعد للمال فالربح لرب المال وإن اشترى بين المال فالثراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على إجازة المالك فإن أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد يسيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى الكسوة فقال إذا أذن له في الثقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له الثقة فله جميع ثقله من ما كول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالثقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير الثقة لأن الاستمرار يختلف وقد قل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر الثقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله لأنه العادة فينصرف الإطلاق إليه كما انصرف إليه في الإطعام في الكفارة، فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالثقة على قدر المالين لأنها لأجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون الثقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له الثقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فآخذ ماله فطالبه العامل بثقة الرجوع إلى بلده لم يكن له ذلك لأنه إنما استحق الثقة مادام في القراض وقد زال فزال الثقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقل له ذلك لأنه كان شرط له ثقة ذهابه ورجوعه وغره بتفسيره إلى الموضع الذي أذن له فيه متقدماً أنه مستحق للثقة ذهاباً ورجوعاً فإذا قطع عنه الثقة ضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار غنماً قرضاً نص عليه أحمد لأن البضع لا يباح إلا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فأنهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الحجد قال : عرض للبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فحُثت أسوقهما أو أفودهما فلقيني رجل بالطريق فساومتني فبعت منهما شاة بالدينار فحُثت بالدينار وبالشاة فقالت يا رسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولأنه نساء مال غيره بغير اذن مالكة فكان لما ملكه كما لو غصب خنطة فزرعها، قلما المضارب فيهما روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد التكاح فتعين الملك ويخرج منها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا (مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفره والاخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً (فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (احداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاخص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي العنان، ووجه الاول أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كتصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اخص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحد في المضارب بطلا جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب

(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فحضر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وإن اشترى بين المال فلي روايةتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من ثمر الثوب وطلبه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن واتقاده وشد الكيس وحقه وإحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الحان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمل له لص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في النصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجهاً إن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والخاصة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أنساع درهم فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أنساع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلاثاً وحقها من الربح ثلاثة وثلاث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلاث لأنه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وروبه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انقسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسألة) (قار) اشترى سلعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت

(الوضعية من الربح)

إذا دفع إلى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال ألفين وبه قال الشافعي إلا فيما

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضائع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح ينهها على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في البدل ربح فالقصاص اليها والمصالحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في افساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد البدين فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلتين ولأنهما سلتان تجبر خسارة احدهما بربح الأخرى فغير تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه افسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خامسة وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالتصرف المؤدية الى الربح (فصل) اذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف

في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً فضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول ولنا انه أفرد كل واحد بمقدار فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو ناه عن ذلك

(مسئلة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نفع في هذا خلافاً، وأما ملك العامل لتصبيه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهباً وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه إلا بالقسمة وهو مذهب مالك والشافعي قولان كالذهبيين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي الفنان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد يجب أن يملكه.

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلمة للمضاربة به فهي له وثمنها عليه سواء علم بتلف المال قبل قد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يحجزه رب المال)

وذلك لأنه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاحتصت به لأنه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستديناً على غيره والاستدانة على الإنسان بنير إذنه لا تجوز، فإن أجاز له رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لأن من اشترى شيئاً لغيره بنير أذنه وقف على إجازته فإن أجاز له فهو له والا فهو للشترى وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لأن هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز (مسئلة) (فإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بمالها والثمن على رب المال)

لأنه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة وعمر بن الحسن ولنا إن التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عشرين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجيران، ولو لم يتلف البند وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيها مئة عشرين فله من الربح خمسة لأن سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فإن اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بدله من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح لصيه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحد اذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة بخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فارالخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع دراهم ويقتضى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أنساع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وان اقتسم الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضارب يربح ويضم مرارا فقال يرد الوديعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرد به اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحقى يحتسب حسبا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسبا كالقبض؟ قال يظهر المال يضي ينض ويحيى فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على التاض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يضي اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضا فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا بأذن الآخر والمضاربة بمألهما ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لا قاتينا انه ليس يربح ما لم تجبر الخسارة والله أعلم

(مسئلة) (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة امور، احدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه معرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنها

(مسئلة) (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسمين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتسع وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وعشرين وثلاثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلاثا ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقى نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرناه وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما اخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما اخذه ربح فكانت العشرة بينهما وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تفسخ بفسخ احدها ايها كان وعموته والحجر عليه لسفه كالكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه فان كان فيه ربح فبما على ما شرطاً فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على يمينه او قسمه جاز لان الحق لما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضى مالسه كذلك فلم يجبر على يمينه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا ان المضارب اما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم الا بالتقويم ألا ترى ان المستعير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعوا قيمة ذلك إلى مستحق الأرض؟ فهنا أولى وماذكروه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فاما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل (مسئلة) (وان انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك) أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل فقيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده نزلت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالكالين عرضاً على ما شرحنا فإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدي الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه ، وله اخذ مافي شفعة بها ، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استقرقه الديون لان الغرماء يأخذون مافي يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال المغلس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك . ولنا انه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسئلة) (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً ، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انتسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصه العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ؛ وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يحز العامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة ، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن العامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي ؟ وذكر القاضي وجباً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض ، قال شيخنا وهذا الوجه أقبح لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصه العامل من الربح شركة يخص بها دون رب المال

إذا ظهر ربح لانه إنا يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سذكروه

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا بلمان كيله فلا بأس وإن علما كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليعرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (أحدهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كالأجنبي (والأخرى)

وإن كان المال ناقصاً بحسرة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوز تأبده القراض هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحسبها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروش بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري بأذن الورثة كيومه وشرائه بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يجوز ابتداء القراض على العروش بأن تقوم العروش ويحمل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يعني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافسه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي بجهاد وارثه فإذا لم يرض ببيعه رفضه إلى الحاكم ليبيعه فإن كان البيت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انقسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتنى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلته لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو اقترض المال كان الربح كله للمقترض فبعضه أولى وهذا بخلاف مالو حاجي الاجير في الاجرة فإنه يحتسب بما حباه من ثلته لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزادة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة ، والدار والفرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل انما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المقود عليه

(مسئلة) (قال واذا اشترى سلعين فرج في احدهما وخسر في الاخرى جبرت

الوضيعة من الربح)

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فرج في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيها اذا تلف احد المبدئين فان صاحبه ذكره فيه وجبنا ان التالف من رأس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحدا الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقاييب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر القراء اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بيمين المال دون الذمة فمكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمهرين (مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة القراء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بمجملته التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عنها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بعضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه أمين في الثراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت تهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم التهي ولا علم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة . كان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً فاشتري به سلعتين ولانهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فغير تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا ، فاما ان تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة ، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معاً لأن المال إنما يصيره قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده .

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح . (فصل) وإذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصاراً مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه مرة واحدة ، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر ف كان ربحه وخسرانه مختصاً به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد قال نص الأول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له في ضم الثاني الى الأول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الأول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري واسحاق واصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال اجمع على هذا كل من يحفظ عنه من اهل العلم وبه نقول لانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر (مسئلة) والقول قول رب المال في رده اليه مع مبيته) نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لانه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كلودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل ، ووجه الأول انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستجير ولان رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه لم يأخذه لنفع رب المال .

(مسئلة) (وفي الجزء المشروط للعامل) اذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (أحدهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) ان العامل ان ادعى أجر المثل أو ما يتعاقب الناس به فالقول قوله لان الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجين اذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتعاقبان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتعاقبان كالتبايين

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكنا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضعية على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الاول فهذا ليس في قسمي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه فحقى يحسب حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينص ويحجيء فيحسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له فيحسبان على المتاع ؟ فقال لا يحسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بمجالها ثم سافر المضارب به فخرس كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا ثانيئا انه ليس بربح مالم تنجز الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدما اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان على رهوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع لساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بأربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الأصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنها اتفقا على الاذن واختلغا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(مسئلة) (وان قال ربحت الفأثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله قبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو لميت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه قاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فافرضه فافرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه نعماً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالمقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لأنه عقد يقتضي به الفضل فأشبه البيع والشراء والعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بمثل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على مالك العامل بخلاف ما لو حاجي الأجير في الأجر فإنه يحتسب بما حاجاه من ثلثه لأن الأجر يؤخذ من ماله ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ما كسبها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن عين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لأنه ملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية ولأنه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يلم حدوث ذلك بالموت فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضاً على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال ألفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف أنه ألف فالربح ألفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لأن الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه أثلاثاً لرب المال ثلثاهما والعامل ثلثها وذلك لأن نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الخالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتألف ومنها والتألف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) إذا دفع إلى رجل ألفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ورجحه كله وقال رب المال كان قرضاً ورجحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسم الربح بينهما ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لتعرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فإن أقام كل واحد منهما بينه (المنهي والشرح الكبير) (٢٣) (الجزء الخامس)

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واجتلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عنه فكان ديننا كالوديعة اذا لم تعرف عنها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

مسئلة (قال (واذا تبين المضارب ان في يده فضلا لم يكن له اخذ شيء منه الا بأذن رب المال)

وجملته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجوز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لانهم في هذا بين أهل العلم خلافا وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بغير ان خسارة المال وان أذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قوله المنته لانه ان كان رب المال فلا يأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل قانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه قص أحد في رواية منها أنها متعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامر من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه اتفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بائق وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر بقبضه نفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وسواء انفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة أن المال لهما فجاز لهما أن يقسما بعضه كالشريكين أو نقول أيهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفصلة كشريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته ووجونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسم الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول إسحاق والثوري لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيب من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فإن كان للمدعي ينة حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجبرها الى نفسه نقماً وإن خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه وإن كانت للمشتري ينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجبرها الى نفسه نقماً ومن شهد شهادة يجبرها الى نفسه نقماً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها وإن ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها وإن لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لأن البائع لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دئمه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبيع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير عين لأن المشتري مقر ببقاء حقه وإن دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله أن لا يشاركه وبطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

بمع وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه زاد فيه زائد أو رغب فيه رغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستثمر اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمير والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك لانه مستحق للارض فهنا أولى وما ذكره من احتمال الزيادة بزيادة مزاييد أو رغب على قيمته فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال الليم وأبى للعامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على الليم وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دائير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضاً على ما شرح، واذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ اقراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من الفاض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا خاف ان أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بموض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظاهراً فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له يئنة حكم بها وقبيل شهادة البائع له اذا كان عدلاً لانه لا يجبر الى نفسه نقباً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن يئنة خلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد وينزع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردرأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلو أنه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع المروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لانه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أو الجنون رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد اذا مات رب المال لم يجوز للعامل أن يبيع ولا يشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في المروض لانه يحتاج عند المفصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير المروض وحكمه باق.

الاتفاق دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باع العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب، وان وكل الشريك الناصب او وكل الناصب الشريك في البيع فباع العبد صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على فريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والناصب فلهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين ولو أن الناصب ذكر للعسكري أنه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد.

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فلا آخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعث أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خامة وأنا أعطيتك شيئاً؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فقد ذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو نصيبه قال فرأيت أنه قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حنبل وحرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للمامل أن يبيعه ليسلم رأس المال وينقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض وكانت حصة المامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وإن كان المال ناضاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض هنا وبناءً على القراض لصارت حصة المامل من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها إذا كان المال ناضاً وهذا لا يجوز في القراض بخلاف ، وكلام أحد يحمل على أنه يبيع ويشتري بأذن الورثة كبيعهم وبشرائهم بعد انقضاء القراض ، فأما أن مات المامل أو جن وأراد ابتداء انقراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضاً لم يجوز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم عروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم المقدلان الذي كان منه انعمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومناقصه موجودة فأمكن استدامة المقد وبناء الوارث عليه ، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم لبيعه فأما أن كان الميت رب المال فليس للمامل الشراء لأن القراض انفسخ فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القاض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً ، ولغير القاض الرجوع على القاض بمحضته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم لأن الحق ثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه ثبت في أحد الطرفين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقاض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله فإن هلك المقبوض في يد القاض تعين حقه فيه ولم يضممه للشريك لأنه قدر حقه فما تعدى بالتبض وإنما كان للشريك مشاركة ثبوته في الأصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه بري منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غيره بشيء وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للبريء أربعة أتباعه وللشريك خمسة أتباعه فإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للبريء ثلاثة أتباعه وللآخر خمسة أتباعه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا خير لإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق المقدر به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال ، على روايتين (احدهما) ان اجازته فالتمن عليه والمضاربة بمالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل تقديمه فالشراء للمضاربة وعقدتها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبيدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدان كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه ، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألقا كان التالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

(مسئلة) (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجهه انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لانظر فيه خلافاً

أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي ، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحلال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه ، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها ان ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما يقبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقابضه ثبوت يده عليه بحق فأشبهه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كمالو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالواخذ غاصب منه مالا ، فعلى هذا ما يقبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بضميه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه (فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الخرقي وهو ان يشرك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وسحق ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، وفارق شرط الدراهم لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على الدامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجرأ في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المناع أو يقل وبها قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالباقوت الآخر والحيل البلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لأنهما إذا اخذا المال مجامعها لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره منهاها إنهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلهم الحرفي على ذلك ليكون كلاهما جامعا لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الحرفي قد أحل به ذكر نوع من أنواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان مجامعها وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو أثلاثا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يبين شيئا من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائك الوكالة لأن شرائك الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل بماسبه ولأنهما اشتركا في الأبيع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايان بينهما كما لو ذكر شرائك الوكالة وقولهم أن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والتوقع ممنوع وإن سلم فاعا يشتر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يشتر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة السنان فإن في ضمنها توكيلا ولا يشتر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فلي هذا أن قال رجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكان شركة صحيحة لأنه أذن له في التجار وعلى أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المناع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المناع أو اطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ينقض (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحفظ في بقية المتاع ويبيع بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره يطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يطل بخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كماله قال اذا انقضت السنة فلا تشتري شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتى المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تقسم الى ثلاثة اقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يمزله مدة بينها أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا بمن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تنقض المقصود من المضاربة وهو الربح أو تنقض الغايات بحكم الاصل. (القسم الثاني) ما يعود

لأبأس أن يشرك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنمية فقال يشتركان فيها يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغنمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاغتاش والاعتام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والترمذي بإسنادهما عن عبد الله قال: اشركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحجى أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالغام مشتركة بين الغنمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب وانقل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحجى أنا وعمار بشيء

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الالفين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقها أو بعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تقضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (انقسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بهينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سها من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها باليمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع معللاً ، وبقي اشتراط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة لأن الفساد لمعنى في الموضع المقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خيراً أو خنزيراً ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتقضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالنصوص من أحد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره لأنه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل النعمة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأمر الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فاما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أولم يباح لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لأنهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اشتراكا في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستيب في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسئلة) (وتصح مع اتفاق الصنائم رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطلب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطلب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لأنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اتفقت الصنائم ولأن الصنائم المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك إذا اختلفت الصنائع

والتاق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط درام معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه اذا تصرف بقتد تصرفه لانه أذن له فيه فاذا بطل العقد بقي الاذن فلك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف قلنا لان المشتري يتصرف من خبة الملك لا بالاذن فان أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال ولا أجر له وجعل احكامها كلها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه امكنه تحصيل ذلك بالاجرة او بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل . ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة والمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وإيهما دفعها اليد يرى منها وان تلفت في يد احدهما من غير تقريط فهي من ضمانهما لانهما كالوكيلين في المطالبة وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تتعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تتعقد عليه الشركة حال الضمان فكان الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه أن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا لأنه إذا كان الاقل ما شرط له فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا أن تسمية الربح من تواج المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتواجها كالصلاة ولا سلم في التكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه وذلك منه نذر فتجب قيمته وهو أجر مثله كما لو تبايعا بيمين فاسدا وتقاضا وتلف أحد الموضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما إن رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لأنه تبرع بعمله فأشبهه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو أخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتقريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

وننا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت إجارة ولا جبر لا يضمن سكتى ما تلف بغير تعديه ولا فعله فكذا ههنا وأما الثمرة إذا فسدت فقد ذكرنا هاهنا هذا

وقال القاضي يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تقريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا يدين عليه لأنه لا يد له على ذلك

(مسألة) (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) وجملة ذلك أنه إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية أسحاق بن هاني . وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الإبدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء ؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا في شيء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولأن العمل مضمون عليهما معا وبضائهما له وجبت الاجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بإنسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فلا آخر الفسخ ويحتمل أنه إذا ترك العمل لغير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجره ما عمله

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي تملك)

نص احم على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجمل الرجل ديناً له على رجل مضاربة وعن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحاد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه قترأ ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بشئ وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله لأنه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لأنه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل اقض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في قبضه مؤثناً عليه لأنه قبضه باذن مالك من غيره فجاز ان يجمله مضاربة كالأول قال اقض المال من غلامي وضارب به قال منها سألت احم عن رجل قال اقضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لأنه إنما شاركه لعملاً جميعاً فإذا ترك أحدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتمل ذلك فيما إذا تركه لعذر لأنه لا يمكن التعرض منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليحملا على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لأنه نوع من الاكتساب والدايتان آلتان فاشبهها الاداة

(مسئلة) (فإذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليها أو على غير الدابتين صحت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلها الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولها ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصرها بغير أداتهما

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما إذا اجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فإنه لم يثبت في ذمتهما ضمان ولا عملاً بإبدانها ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أحم

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهر أثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزاءً ولو شاهداه وهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع معينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفارقة؟ ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تنم صحته الجبالة فلم يحجز على غير معين كالبيع .

❦ مسألة ❧ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته ديني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وعنه يئتنا لم يصح قال شيخنا ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانها من المباح فإن أمان أحدهما صاحبه في التحصيل والذل كان له أجر مثله لأنها منافع وقابها بشبهة عقد

(فصل) فإن كان لأحدهما أداة قصارة ولا آخر بيت فاشتركا على أن يعمل بأداة هذاني بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابنتين اللتين أجروهما لحل الشيء الذي تقبلا حمله، وإن فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاقفوا على أن يعمل بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد وقتل عن الأوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحل الذي يستحق به الموضع منها وللعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالمروض ولأن للمضاربة تكون

الاقاب وأعمال الي في زامية المصروفات التي قد لا يصير بين المال ملكا التزم (لا يخطئ) ولا يفتقر
الوديعة قد تقرر بغيره وله في التمسك في الميز أن يضاربه عليها لأنها حازت ديناً

(فصل) ولو كان له في المضاربة مال منصوب فضارب القاصد به سح أيضاً لأنه مال له لا مال له
يأج له ومن غلبه من فقد علم أن ذلك قد غلبه الوديعة وإن تقرر بوجاهة التمسك في المضاربة
به لأنه صار ديناً ومضى ضاربه بالمال المنصوب والضمان النصب بعجز دعة المضاربة وهذا قال أبو حنيفة
وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه مئناً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي
الضمان بل مالو تعدى فيه وإن أنه ملك المال بان مال السك لا يختص بنفسه بل تعد فيه غلبه ما أو قرضه إياه
(فصل) والمال أمن في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره فإذا لم يختص بنفسه فكان أميناً كالوكيل
وقارة المستعير فإنه قرضه لنفسه خاصة ومنها التمسك بهما فلي هذا القول قوله في قدر رأس المال قال
ابن النذر أجمع كل من حفظ عنهم من أجل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري واسحاق
وأصحاب الرأي وبه قول ولا نه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول
قوله فيما يدعي من ثمن المال أو خساره فيه وما يدعي عليه من خيانة وتقر يط فيما يدعي أنه اعتراه لنفسه
أو المضاربة لأن الاختلاف حان في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله
فيما نواه قالو اختلاف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله
كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نويتك عن شرائه فانكر العامل فاقول قوله لأن الأصل
عدم الزم وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الامتنان وعدمه لا يجوز بينهما ولا إخراجها عن ملك مالها وقال القاضي يتخرج أن لا
يصح بناء على أن المضاربة بالمعروض لا تصح فلي هذا أن كان أجر الدابة بينهما فلا جرة للمالك
وإن قبل عمل شيء فله عليه أو عمل عليها شيئاً فلا جرة فباعه فلا جرة وأما له وعليه أجر مثلاً مالها
ولأنها عين تنصب بالعمل عليها فصح العقد ببعض ثمنها كالإبرام والدنانير وكالشجر في المساقاة
والأرض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة
المزارعة بأنه دفع أمين المال إلى من يعمل عليها بعض ثمنها مع بقاء عينها وهذا يبين أن تخرجها
على المضاربة بالمعروض فليد فأن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقة المال وهذا بخلافه
وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا
ولا أرى لهذا وجهاً فإن الإجارة بشرط استئجارها بالمعروض وتقدير المدة أو الصل ولم يوجد ولأن
هذا عقد غير منصوب عليه ولا هو في معنى التصوم فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يرد بالأجارة
الحامقة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تمحيبه مثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة قال بل اذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كمالو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر التهي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فمن أحمد فيه روايتان احدهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترط له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذ ادعى اجر المثل وزيادة يتقارن الناس بمثلهما فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والتبايعان يرجعان الى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النعم لرب المال فالعامل كاللودع

ولنا انه قبض المال تنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطي قرسه على النصف من النسيئة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال أبو عبد الله اذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فحائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمه جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال أبو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المتعمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا تنفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال بمنه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحنا ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وان قال غلظت او لسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسّر فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لا عرضه على ربه فأتي أخني ان يزعه مني ان علم بالخسارة فأقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين ما لا قراضاً على النصف ففرض المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال ألفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف قال قول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفاً وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة وربعاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمها اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثاها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الخالف فيما زاد على قدر نصيبه كالثالث منهما والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خير على الشطر قيل لا بني عبدالله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وابوب ويعلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيدها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانها عين تسمى بالعمل فيها فصح دفعها لبعض ثمنائها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقترعة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحان مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر كاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لفرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما يئنه بدعواه فنص أحد في رواية مهنا انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قرضا احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قرضا فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضا حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضا وقال العامل كان قرضا أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذا اشترط المضارب الثقة ثم ادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبو حنيفة اذا كان المال باقيا في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته لتكون اجرتها بيننا وأجر جوالقاني لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل والاخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا أجر الدابة بما عاينها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان أجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه أجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشرك ثلاثة من اقدم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على ان لها الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانها وكلا العامل في كسب مباح بالة دفعها اليه فاشبهه ماله دفعه اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من اقدم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى الثقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبيع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للدعي يمين وان كانت له يمينه قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يحجر بها الى نفسه نفعا وان خاصه البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يحجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تحجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره والبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيها قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه وبطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيها قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيها قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

آخر رضى ومن آخر ينفى ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فارزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المعقد فاسد في المستثنين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما المروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكاله والراوية هنا تخلق وتقص، ولا اجارة لانها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكهما بموضع لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فلمهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يقبض فلم يكن للورثة تبعيضه وهنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمن أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من الفاض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وأما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائيم فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكأن له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجزى الى نفسه تقعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبة بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندى لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة فحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باما العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب وان وكل الشريك الناصب أو وكل الناصب الشريك في اليم فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفریق الصفقة لان الصفقة ههنا وقت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرهما بخلاف ما اذا باع المالك والناصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الناصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالمقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا آخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول ابي المالكة وابي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطيتك شريكك بعد؟ قال : لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد : له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه ورجع كل واحد منهم على أصحابه برهم أجز مثلثه وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجز مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجبين وفي الآخر يكون بينهم أرباعا بناء على ما إذا تزوج اربعا بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجبين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وحبل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لا في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لهما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحايين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعة من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الحيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريك شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثل، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضاً من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للبرى أربعة اتساعه ولشريكه خمسة اتساعه وإن قبضاً نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله فقدت برأته في خمس الباقي وما بقي بينهما على عشرة البرى ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبض بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنفسه من الدين ثوباً قللاً آخر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز فانه أو اسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الأخرى وإن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه ثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جما بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منهما يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الاقتراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلوا في الشركة الاكساب التادرة كوجدان لقطة أو ركز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بطله كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق فان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالموكلان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبة لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالهوا أخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بتسليمه ثوباً أصبح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الترمي مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذم لا تسكافاً ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل وأما القسمة من غير تعديل فهي يبع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين وانضمي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الأعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذم قايما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لأن معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف لعلمه لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاء له التصرف بأذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز بأذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه وأن أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لأن أذنه المطلق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبع كبلوغ الصبي

ولنا أنه متصرف بالأذن من جهة الأدمي فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وهنا الرق سبب الحجر وهو موجود فتظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالأذن ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي وأجازته الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرجاً جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولا تهاونع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان ولنا أنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لآسان وبه قال الشافعي وإباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فلك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كييع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصير مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا أنه تصرف بفتقر إلى الأذن فلم يعم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والمرهن ساكت أو باعه المرهن والراهن ساكت وكنتصرفات الأجاب وبخاف الشفعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لآنها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالآباق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزِيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه ولنا أن الآباق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استدأته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمقصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ونجوز هبته إلى كؤل وإعارة دأته وإخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مولا فلم يحز كنية دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يحجب دعوة الملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد، ورواه صالح في مسأله بأسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمنه فلا يصح كاذ كرنا ولأن فيه غررا فلم يصح كييع الغرر، بيان غرره أنه يلزم كل واحد مألزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الاكساب النادرة قأما الخبز فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا قان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح قان احتصاصها باسم لا يقتضي الصحة كييع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة النان تصح بين الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الحريث عن أبي ليلى لما زار بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة « انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحفت أسوقها أو أقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله: هذا ديناركم وهذه شاةكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خير فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج إلى خير فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأباً رافع في قبول نكاح ميمونة ، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة ، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال « يا عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحفت أسوقها وأقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاةكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له إني أردت الخروج إلى خير فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأباً رافع في قبول نكاح ميمونة (المنفي والشرح الكبير) (٢٦) (الجزء الخامس)

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان عما تدخله النيابة صح أن يتوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لفسقه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل التكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لأنه ليس بولي ووجه الوجه الآخر أنه موجب للتكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول التكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد التكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الأذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لأنصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع ، والإيجاب هو كل لفظ دل على الأذن نحو قوله افعل كذا أو اذنت لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فاشتروا أحمكم بوزقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله - فليأتكم بوزق منه) ولأنه لفظ دل على الأذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولأنه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام

(مسئلة) (يجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يئتمنه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه عليه كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله لإيام ولأنه أذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر ثياباً

(فصل) والمسكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المسكاتب من الاكتساب، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض، ولا بعد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا اذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿مسئلة﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضرآ كان الموكل أو غائباً)

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يفرغ ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفناً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجملة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقدوكتلك في كذا أو فانت وكيلي بهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكلاً بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل جعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكتلك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

(مسئلة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه قبائمه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبارافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالإتيان والآباء، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الأديمين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاه .

(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وإن أبي بلع وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم أن يتمتع من عاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره بحسب الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بنهر رضا خصمه كالدين عليه ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بنهر رضا خصمه كحال غيبته ومريضه

والخلم وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له وذكر أصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل البعد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبونه والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بحمل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بغير حمل إلا بإذن سيده لأن منافعه كإعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز بإذن الولي بناء على صحة تصرفه بإذنه

(مسئلة) (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار والعان والإيمان)

(المفني والشرح الكبير) الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايان والايلاء ونحوها ٢٠٥

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فلي، وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان الخصومة قضا وان الشيطان ليحضرها وإني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد القحطم المالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الاقرار ولا أصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يحجز التوكيل فيه كالشهادة.

ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة قلنا لا تثبت الحق وإنما هو لإخبار بثبوتة على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد اكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والتذور لانها تتعلق بعين الخائف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيدن الزوج لا امر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتض من يختص بانبات لم المرتضع وانشاء عظمه بلبن المرضة، ولا في الظهار لانه قول منكرو وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في النصب لانه محرم، ولا في الجنائيات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يحجز نائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضر أكان الموكل أو غائباً وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أولاً يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة اكونه امرأة أو ممن يغير بها ويحيط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي الخلق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا تعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالاتياع والاياب

(فصل) ولا تصح في الايمان والتذور لانها تتعلق بعين الخائف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكرو وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيدن الزوج لا امر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لأن النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فعدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بجرم ما عر فرجموه ووكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي بعد رواء مسلم، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لأن الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في إثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في إثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل إلى الإيجاب

ولنا حديث أنيس فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً فإنه قال فإن اعترفت فارجمها وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في إثباته واستيفائه جميعاً ولأن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والندورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها إلى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالي من مالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لماذا حين بعثه إلى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لأنه يختص بالرضعة والمرتع لا يختص بإثبات لم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في النصب ولا في الجنایات لأن ذلك محرم وكذلك كل محرم لأنه لا يحل له فعله بنفسه فلم يجز النيابة فيه (مسئلة) ويجوز أن يوكل من يقبل له التكاح ومن يزوج موليته إذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول التكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزيج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لأن الحاجة تدعو إليه فأشبه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز أن يكون فاسقاً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية التكاح وسيدكر في باب إن شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عماراً أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فإن استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاعتناء لأنه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لأنه يأخذه يصير للمتقطعة

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة لا خصم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب « متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج إذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستأجر من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المندور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لأنه لم يوكل في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف بما للحج، وفي فعل الصلاة المندورة وفي الاعتكاف المندور عن الميت روايتان، ولا يجوز الاستئابة في الطهارة إلا في صب الماء وإبصال الماء للأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ماجاز التوكيل فيه جاز استيفاءؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد الغذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يتمتع من عاكة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحاكم وخاصته حق لحصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بغير رضا خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فلي ووكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن الخصومة فجاء وإن الشيطان يحضرها وإني لا كره أن أحضرها قال أبو زياد القحط الممالك وهذه قصص اشتهرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الإقرار ولا أصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة قلها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد الغذف واستيفائها لأنها من حقوق الأديين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) (وميجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقة)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اغدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ففدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بجرم ما عز فرجوه ووكّل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواء مسلم ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإمام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان الغفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرجه فيفغو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحذود وسائر الحقوق واحتمال الغفو بعيد والظاهر انه لو سفلت وأعلم وكتبه بفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد وقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فاقتر الى الايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

نولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرثها والتوكيل توصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجهما» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالخصيص يكون دخولها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درثها بالشبهات

(فصل) فأما العبادات فلا تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والصدقات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لماذ حين بعثه الى اليمن : أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تعلق بدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المتذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة الا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا يجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الاقتصار، وحد الغدق عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طمعا فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الأذن فجري مجرى قوله وكلتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الدين وكلهم التي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولأنه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء التي صلى الله عليه وسلم لو كانته كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولأنه أذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أومأ إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرجعه فيعفو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لم يمت وأعلم وكيله بعفو والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى أن قضاء رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار اليهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .

(مسألة) (ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بأذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرة)

وجملة ذلك ان التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في اذنه فلم يعجز له كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدينية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الأذن الى ما جرت به العادة من الاستابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

(المغني والشرح الكبير) (٢٧) (الجزء الخامس)

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبئح هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا خما وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه اليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلى وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلا بحمل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد ملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فمبدالله ابن رواحة» وهذا في مناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أبت وكيلى في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف وعمل النزاع في مناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأخير ولانه عقد يصح بغير حمل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجمل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بحمل وغير حمل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في اقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاقتصر مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (الاسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداها) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه التهوض فيه فلم يكن له ان يولى من لم يأمنه عليه كالوديعة (والثانية) يجوز نقلها أحد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بشئ المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لانه قطع نظره بتعيينه فان وكل أميناً فصار خاتماً فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحيانة تفضيع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وأما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل أما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرأ و ابا رافع في قبول النكاح بغير جمل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فتؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يعنيان العمالة، فان كانت بجمل استحق الوكيل الجمل بتسليم ما وكل فيه الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخطه فتى سلمه الى الموكل معمولاً فله الاجر وان كان الحياط في دار الموكل فكما عمل شيئاً وقع مقبوضاً فيستحق الوكيل الجمل اذا فرغ الحياط من الحياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئاً لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال ببع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك الزوج الا باذنها أشبه الوكيل ولما ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في الزوج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان وكيلاً للوكيل ينزل بموته وعزله، وان مات للموكل أو عزل الاول انزلا جميعاً لانهما قرنان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً بل وجد عرفاً أو على الرواية التي أحجزنا له التوكيل من غير إذن فالتاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(مسألة) (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذله لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجوراً عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذله

(مسألة) (فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين)

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والأمان العظيمة فيعظم الضرر وإن قال اشترى ماشية لم يصح لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن أحمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيتنا أنه جائز وأعجبه ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بشئ المثل فادون ولا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وإن قال بيع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لأنه قد يصرف ماله وديونه، وإن قال بيع ماشيتى من مالي واقبض ماشيتى من ديونى جاز لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وإن قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي إذا قال بيع ماشيتى من مالي لم يحجز وإن قال من عبيدي جاز لأنه محصور بالجنس

الشافعية لأن يد العبد كيد سيده فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للإنسان بما في يد عبده، ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاة فجاز أن يشتريه من مولاة كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لأن أكثر ما يقدرهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسند أكثر صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصداقه صح ولزم زيده الثمن، وإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد لا قرار السيد على نفسه بما يتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدته لأن زيده لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر بمن باشر العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وإن صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) وإذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في اعتاق عبده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لأنه ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لما ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه في إحدى الروايتين، وإن وكل غريمه في إبراء نفسه صح لأنه وكله في إسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في إبراء غريمه لم يكن له أن يبرئ نفسه كما لو وكله في حبس غريمه لم يملك حبس نفسه، وإن وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن قايماً صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في إبراء المكفول عنه صح وبرى الوكيل ببراءته لأنه فرع عليه فإذا برى الأصل برى الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبدته ، وإن قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً هروباً صح ، وإن قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العبد متفاوت من الجنس الواحد وأما تمييز بالثمن . ولنا أنه إذا ذكر نوعاً فقد اذن في اغلاؤه ثمناً فيقل الفرر ولأن تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن يجوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منها فسخها متى شاء لأنه إذن في التصرف فكان لكل واحد منها إبطاله كالإذن في أكل طعامه فإن وكل الرهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لفسقه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة)

تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمنا إذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لفسقه لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهة كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة إذا وسوس أحدهما فهو مثل الزل

(فصل) (فإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف وإن حجر

على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وإن كانت في الحصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لأن الموكل أهل لذلك ، وإن فسق الوكيل لم ينزل لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافية الفسق كالإيجاب في عقد النكاح فإنه ينزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وإن كان وكلاً في القبول لم ينزل بفسق موكله لأنه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولهما أنه لا ينزل لأنه يجوز أن يقبل النكاح لنفسه فجاز أن يقبله لغيره كالمدل ، وإن كان وكلاً فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجها بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) (ولا تبطل الوكالة بالتوم والسكر والاعماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا

ثبتت عليه الولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجه ل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وأما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرزهما لان قوله افلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لاولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكلا له بغير أمره ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء ، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بهاولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل ليس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يعد ويفارق الوديعة من حيث أنها أمانة مجردة عنها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فاذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب قلبه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه بأذن الموكل ولم يعد فيه ولودفع اليه مالا وكله ان يشتري به شيئا فتعدى في الثمن صار ضامنا واذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للبيع قبض أمانة، وان ظهر بالمبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فماد ما زال به

(مسئلة) (وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأنفاً أو حرياً أو مرتداً لان العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فيكذلك الدين كالببيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالته

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يهيئ الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك
بغير خلاف لأن ما نهى عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل
فيجوز له ذلك لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافاً وإن
قال له وكلتك فأصبر ما شئت فقله أن يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين
لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه وقوله أصبر ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه
ولنا إن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة
(أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن
عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا
كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الأذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه
(القسم الثاني) أن يكون مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل
في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم
ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولأن الرد لا يمنع ابتداء
الوكالة فلا يمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول
أملكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما
الوكيل في ماله فينبغي على تصرفه نفسه فإن قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وإن قلنا هو موقوف
فوكالته موقوفة وإن قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وإن وكل في حال رده ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينزل لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع
استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق
الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول
لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والتفق لا يبطل الأذن فكذلك البيع إلا أن المشتري أن رضي ببقائه
على الوكالة ولا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا يبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا
توكيل حقيقة والتفق غير مناف له وإن اشتراه للموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له
في البيع والشراء، وإن وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء
الوكالة فلم يمنع استدامتها .

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاحتص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يولى لمن لم يأمنه عليه كالوديمة والآخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظير للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصره، مع الحيانة تضييع وتقريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عذقات، وكذا لو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء بينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقا وتقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومناه ان يفقده من ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شرائه للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه، وان استقرضه الوكيل وعزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال. وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشترى في الذمة.

(فصل) نقل الاثر من أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها قادمها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جمعه وكبلا وتمكن من عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن احمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في التكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أباً كان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولأصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر لإذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولايته متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تقويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحكم والذي يعتبر لإذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضاً فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكلاً للموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله ، وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يصحني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فاعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للفرع ظاهراً وباطناً وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالفرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل ، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة .

(مسئلة) وهل ينزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه ؟ على روايتين

وجهة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فلموكل عزل وكيله متى شاء والوكيل (المنفي والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الخامس)

وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله اياد، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن ثالثي وكييل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملك الوكيل فيها كالأبراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملك في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلم لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطلق ولا خلاف نعلم في ذلك مع العلم بالحال متى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالمرل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينزل وهو ظاهر كلام الحنفي، فعلى هذا متى تصرف فإن ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يقتدر الى رضا صاحبه فصح بشير علمه كالطلاق والعاق (والثانية) لا ينزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات تقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق الأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بشير حضرته كالودع في رد الودعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصبة بركة ولا يكون عاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فجدد من عليه الحق كان وكلا في ثبته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانها مميان مختلفان قالوا وكيل في أحدهما لا يكون وكلا في الآخر كما لا يكون وكلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض الا بالثبوت فكان اذا نفيه عرفا ولان القبض لا يتم الا به فلكه كالموكل كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه ان كان الموكل طالبا بجدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في ثبته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بوقوف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكله في قبض عين لم يملك ثبوتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبه الوكيل في قبض الدين وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكيل في قبضه ونقله اليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة بملكه

ولنا أن الابراء ليس من البيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تسد قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فلكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والاولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتلك أو صرفتلك أو عزلتلك عنها أو ينهاء عن فعل ما أمر به وما أشبه ذلك من الالفاظ المقضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعا لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها وان باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وان وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه على احدى الروايتين لا يبقى محلا للبيوع وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وان باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الافراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجله ذلك أنه اذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون فيه وان

فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذناً في قبضه ، ومضى ترك قبضه كان ضامناً له لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا بعد من فعل ذلك مضياً مفرطاً وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وإن وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الإذن في أحدهما الإذن في الآخر

(فصل) وإن وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لأنه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهل في يده فهو ضامن له ، وإن كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهل أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لأنه مفرط في إمساكه كما في الصورة الأولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما إذا لم يفرط

(فصل) وإذا وكله في قبض دين من رجل فأتى نظرت في لفظه فإن قال أقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك وإن قال أقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الإقرار به لأنه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً مأمراً في حرزهما لأن قوله انفصلاً كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بكتبا حيث كان منقسماً بينهما لأنه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفاً لأن الموكل رشيد جازر التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له غير إذنه ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرفاً لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم ، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفاً مأمراً ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة ، فإن قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقت الذي يثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا هنا وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

مطالبة وارثه. والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال اقبض حقني من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه اقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حث بفعل وكيله له ولا يحث بفعل وارثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعدد فلا ضمان عليه فان انهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فلقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمهرن والمستأجر والاجر المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لا متع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقرار بها ولنا أنه لم يرص بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجوز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي؛ وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره لنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيها وهذا توكل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجز به العادة ان يتولاه أكثر

ان يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وإما باقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان يجعل أو غير جعل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجري مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجوع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالمدة عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بمت الثوب وقبض الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بمت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على التكاح في تزويجها ويحتل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعي الوكيل أنه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فإن وكل إنساناً يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراهما أجنبى وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قرب به بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه ، ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتأفى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجوز كما لو نهى والوصي كالوكيل لأنه يلي بيع مال غيره بتولية فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لأن الوكيل متهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو لولده الصغير أو لطفل يلي عليه أو عبد المأذون له كالحكم في بيعه نفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بين المال فالقول قول الموكل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري للمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الجلد الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فإن كان بغير جمل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالودع وإن كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستيمر وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جمل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لانتفع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن خيافته قد ثبتت بمجده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بمجده فإن قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما يبيع لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال أبو حنيفة يجوز يبيع لولده الكبير لأنه امثل امر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاختيه، وفارق البيع لو كيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك يبيع عبد المأذون ويبيع طفل يلي عليه يبيع لنفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم أنه يبيع في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيها إذا اراد ان يشتري لموكله كالحاكم في يبيع لماله لانهما سواء في المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيها قبلها وان اذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها

(فصل) فإن وكله في يبيع عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئاً (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود حياته وإن كان ججوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالت عندي شيء سمع قوله مع عينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالت عندي شيء فلا يسمع قوله أيضاً لثبوت كذبه وحياته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الأصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالموكل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لا أذكر وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، قما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن والبائع مطالبته به كذا هنا والاول أولى لما ذكرناه، وبفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح بخلافه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا اتفت التهمة كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقباس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المستثنين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فاما ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلائها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح هنا بالأذن فيها فلا يفتي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يبين له الثمن بعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيها اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريرها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرر به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها ، واتكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح القاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فزوجهها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدق الورثة أو يثبت بينه ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزواج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فبهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزواج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتمدر إقامة البينة عليه لكونه لا ينفذ إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصوريين وتباينهما فلا يكون النص في أحدهما نصا في الأخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبناها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فمقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

(مسألة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا يغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجملة ذلك ان الموكل إذا عين لوكيل الشراء أو البيع بقصد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وإن أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وإن أطلق لم يبيع إلا حالا بقصد البلد لأن الأصل في البيع الحلول وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد كما لو باع ماله فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساوى باع بما شاء ومنها وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحبا له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فاقطع الخلاف

الوكيل لزمه الاثبات إلا أن بينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لأنه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له الفاء على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلف في صفة الوكالة فيقول وكلتك في بيع هذا العبد قال بل وكاتني في بيع هذه الجارية أو قال وكلتك في البيع بالقرين قال بل بألف أو قال وكلتك في بيعه نقد أو قال بل لسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكلتك في انشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال أذن لك في البيع نقد أو في الشراء بخمسة قال بل أذن لي في البيع لسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه أحد في المضاربة لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذن لي في تفصيله قباء قال بل قيصاً وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك أن الوكيل ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فإنه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فإن باع بأقل من ثمن المثل، مما لا يتعابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فخكه حكم من لم يأذن له في البيع، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل، النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس بمثله وما لا يتعابنون لأن ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لأنه يبيع غير مأذون فيه أشبه يبيع الأجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفاً لموكله فخكه فيه حكم تصرف الأجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتعابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمفوق عنه إذا لم يكن الموكل قدر الثمن لأن ما يتعابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله فإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لأن الزيادة منه

ان أدركت السعة فالقول قول الموكل وان قاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا قاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه الممين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم انه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لو كمله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحمل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

مسئلة (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفا لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره وبصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

مسئلة (وان قال به بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين) لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً فجري مجرى بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لأنه عقد مرأضة وإن قال إن كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بتمكها فبها (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لأن هذا أمر واقع بملكان وجوده فلا يضر جملة شرطاً كما لو قال إن كانت هذه الجارية جاريتي فقد بتمكها وكذا كل شرط علماً بوجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شك فيه فاما إن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فإن كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لأنه اشترأها في ذمته بغير أمر غيره وإن كان صادقاً فالجارية لموكله فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن قامت من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه أن يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فإن كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتن المدين من وقائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى وإن اشترأها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لأنه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه ماله واشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقد وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منها بالعبد إن كان باقياً أو بقيته إن كان تالفاً فإن أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً قال إن قال به بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها أكثر من الدرهم أو بمائتين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لأنها من غير الأمان ولأنه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار.

(فصل) فإن وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثلث الكل جاز لأنه مأذون فيه عرفاً فإن من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثلثاً للبعض ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة ثمنه. ولا تضره وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه، ويحتمل أن لا يجوز لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للثمن عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عشرين بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء.

ولنا أن على الموكل ضرراً في بيعه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في بيعه شراء عبد فاشترى بعضه.

(مسئلة) (فإن قال به بالف أنباء فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذه من المشتري لم يرجع على أحد وان كذبه وادعى انه أذن في البيع نسبته فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في المين ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجوع بقيمتها على من شاء منهما فان رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجوع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير عيب ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعثني ملكك فالقول قوله مع يمينه انه لا يعلم كونه وكيل ولا يرجع عليه شيء (فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسبته فباعها نقداً بدون ثمنها نسبته أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسبته دون التقيد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسبته أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسبته صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستضر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصاحبة كالتطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في التطوق به غرض صحيح لم يحجز تقويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسئلة) وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله

(١) هذه المسئلة

ذكرت في الاصل بهذا

الوضع وهي كما ترى

جلها ناقصة فلتراجع

في مسئلتها في المغني

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشترى عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يحجز مخالفته لان

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل يرى فكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدي الحجتين فبرى بها كالاقرار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وان لم يعمده برده لكن منعه أو مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الامانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال البائع لانه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان البائع لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدرام ولم يدفعها وإنما دفع دينارا عوضا عن عشرة دراهم وهذا صرف يقتدر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للبائع في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدرام فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض منه الدرام التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنائير وثياب فبعث

تصبيه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء، وان قال اشترى لي عشرين صفقة فاشترى عشرين لاثنتين شركة بينهما من وكيلها أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد متفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيها وقبل ذلك منها بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشترى من وكيلها وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يبين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجباله الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.

(مسئلة) (وان وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشترى به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان :

(مسئلة) (وان قال اشترى لي شاة بدینار فاشترى له شاتین تساوي احدهما دیناراً أو اشترى له شاة

تساوي دیناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

إليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت الضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلق في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمين الوكيل لأنه تعبدى قبض مالم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلق حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن قاسد والقبض في المقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في قاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في قاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري لها شاة فخلطها مع دراهمه فضاع فلا شيء عليه وإن ضاع أحدها أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويمثل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالودعة وإنما لم يضمن الضمان إذا ضاع أحدها لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها ومعنى الضمان هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجهة ذلك أنه إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو أحدهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والآخرى للوكيل لأنه لم يرض بإلزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد الباري ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأثيت الجلب فاشترى شاتين بدينار فبعت أسوقهما أو أوقدتهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأثيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال «وضعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولأنه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنقص ولا تضر فوقم ذلك له كما لو قال به بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولأنه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنقص ولا تضر فوقم ذلك له كما لو قال له به بدينار فباعه بدينار وما ذكره يطل بالبيع ، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة الباري ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمر أن يدفع إلى رجل مالا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجملته أن الرجل إذا وكل وكلا في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بتيرينة فله الرجوع عليه إذا قضا في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية أن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره بيمين ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الأول أنه مفرط بترك الشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون عن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالشهاد قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له إبدالها بشيها وهذا ظاهر كلام أحمد لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف في ملك الغير بغير إذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشترى بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفا وإن قال لا تشتريه بدون المائة فخالفه لم يجوز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وإن قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح التهي بقي فوقها على مقتضى الإذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجهين لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لأنه نهاه عن التحسين استقلالاً لما كان تنبيها على التهي عما دونها كما أن الإذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجري مجرى صريح نهيه فإن تنبيه الكلام كنصه، فإن قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال به بدرهم فباعه بدینار على ما مضى وإن قال اشتر لي نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفا وإن قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتري جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه فبقا على مقتضى الإذن (فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفا وإن خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشتر لي عبداً بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لالرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيهه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا أو أنكره الموكل قال قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الحرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الودعية لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيناف بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه قال قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده ودعية فجاء انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والودعية في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعهما اليه سواء صدقه

عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجوز وان ساوى أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشترى عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجوز أن يشتري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لمعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل والموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للموكل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاه غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن قوات الرد بهرب البائع وقوات الثمن يتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه بان رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب قال قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن صدقه لزمه وقاه الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الا-تفاء فلزمه إيفاءه كالأقر له أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه ، قلنا ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدها ، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع بيدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه وأبها ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منها يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيها ادعاء من الوكالة فان ضمن رجح على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بينة فان لم يقر بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة هنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مبيعاً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل للمبيع بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القنية والاتقاء والمبيع يمنع بعض ذلك

(مسئلة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالمبيع فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يصح والموكل استرجاعه للبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على ان الوكيل لا ينزل قبل العلم بالعزل فان رضى الوكيل المبيع أو أمسكه أمسكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة لحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لو وكيل شراء المبيع لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المبيع في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاه يقتضي الصحيح دون المبيع فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا ثبتت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجح عليه لانه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً بما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فإن جاء رجل فقال أنا وارث صاحب الحق فإن أنكره لزمته البين انه لا يعلم صحة ما قال لأن البين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لانه لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته البين مع الانكار، وإن صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بغير خلاف لعله لانه مقر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، فاما إن جاء رجل فقال قد أحاطني عليك صاحب الحق فصدقه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لأن

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من الميب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون الميب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز الميأ ولا ميسية عيياً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشترى ووجده معيباً فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين) (أحدهما) له الرد لأن الأمر يقتضي السلامة أشبه مالو وكله في شراء موصوفة (وإثاني) لا يملكه لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فإن قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شراؤه إن قلنا له رده فليس له شراؤه لأن الميب إذا جاز الرد به بعد العقد فلا ينفع من الشراء أولى وإن قلنا لا يملك الرد ثم قل الشراء ههنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فإن قال اشترى بين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل) وجهة ذلك أنه إذا دفع اليه درهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بينها وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فإن قال اشتر بينها فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا عين الثمن انقسخ العقد بتلقه أو كونه مقصوباً ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرى ولا حتمال أن يجبي المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليين مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم يلزمه اليين مع الانكار لعدم انفاذة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا ضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل ينير جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان من لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالفاسد والمستعير والمرهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاث اشياء القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئاً قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يعجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿مسألة﴾ (فان قال اشترى في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرام وتلفها فكان اذا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينا لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا ينسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يحز تقويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد بملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتاً لم يحز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بمر نوبي غدا لم يحز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم قيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يحز تقويته وان كان هو وغيره

﴿ مسألة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجلة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يحز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتمل ان يكون اشراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره لبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء بما لم يجز العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أحبي وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرب به بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساواة المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما اذا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان اذا في زراعة مثله وما دونه ولو اكرى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقربة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحُر مال لهم لانهم يمتثلونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزواج المجوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لثأبه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتأفي الغرضان في بيعه نفسه فلم يحجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتولية فأشبه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم ملاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قريبا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لآخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد ان يشتري لوكيله كالحكم في بيعه لماله لانها سواء في المعنى

أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالمأخذ كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن والبايع مطالبة من شاء منها فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردم على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يستسلف له العايمي كر حنطة فعلا ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوبا لبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالتمديد لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة التمدد سببها المبيع فكان التمدد زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان تزوجه ابنته بخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يبيعها اذا كان غير متهم كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فمانا، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في غل لا اتفاق التهمة لدلائلها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح هنا بالأذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نفسه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يمين له الثمن تفيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تندر قبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الإبراء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الإبراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه قلنا قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يآمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تندر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق فائب عن الموكل أو موضع يضيئ اثنان بترك قبض الوكيل كان اذا في قبضه فتي ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الأجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيها إذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً أنه لا يجوز فيخرج
هنا منه والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى
(فصل) إذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو
حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لأن يدا العبد كيد سيده فأشبهه ماله وكله في السراء من نفسه
ولهذا يحكم للانسان بما في يده يده وذکر أصحابنا وجهاً كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً آمن غير مولد لحاز أن يشتريه من مولد كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن امرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لأن أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فلي هذا إذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد
صح ولزم زيد الثمن، وإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه
بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لأن زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له ويكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر من باشر العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في
تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وإن صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وإن وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في
اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لأن ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فإن اشترى عبداً فنقد ثمنه
فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم ابائعه في الثمن، على وجهين، فإن اشترى شيئاً وقبضه وآخر
تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وإن كان له عذر مثل أن ذهب يبتغيه أو نحو ذلك فلا ضمان
عليه نص أحمد على هذا لأنه مفرط في المساكاة في الصورة الأولى فلزمه الضمان بخلاف ما إذا لم يفرط
(مسئلة) (وإن وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لأن الله تعالى لم يأذن فيه ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لأن الموكل
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
ولنا أنه أذن له في محرم فلا يملك الحلال بالأذن في الفاسد كما لو أذن في شراء خمر وخنزير
لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وإن وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لأنه يدخل فيه كل شيء فيعظم الضرر ولأنه لا يصح التوكيل إلا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لأن لفظه عام فصح فيها تناوله كما لو قال به مالي كله

باطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لما ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ، البيع من نفسه ، في إحدى الروايتين ، وان وكل غرباً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبهه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبري نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبراه صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول عنه فأبراه صح وبري الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا بريء الاصل بريء الفرع ببراءته

(فصل) وان وكله في اخراج صدقة على الساكنين وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالمتخصص عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للساكنين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً انما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن الاحوال فغالغلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يردده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان (أولاً) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر (مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الثمن وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض ديونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الثمن (مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر الثمن وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ماشئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه بكثير فيكثرفيه الثمن وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الثمن وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتج الى ذكر الثمن لانه اذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل. تصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخذه (المفني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الصفل جائز وكذلك شراءه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق المقد تعلق بالمقاد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي المقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أخته ولا يسلم ما ذكره من تعلق حقوق المقد بالمقاد لنيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سذكروه في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده متفية اذ من طبعه الصفقة عليه والميل له وترك حفظ نفسه لحظه فلذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير متفية في حقهم ، وأما تولى طرفي المقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا يسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلان التهمة غير متفية ثم

(مسئلة) قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجلته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فلموكل عزل وكيله متى شاء والوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ؛ وبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم متى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحنفي هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع ما شئت من مالي لم يحز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوباً صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الثمن ولان تقدير الثمن يضربه فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جاز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة بذلك قبضه لان المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لأنه رفع عقد لا يقتصر إلى رضا صاحبه فلا يقتصر إلى علمه كالطلاق والطلاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لأنه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات تقع بطلانها وبما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحبضه ويضرر المشتري والوكيل ولأنه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالقاضي، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وإن عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضرة الموكل لأنه منصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم قال الفسخ فيه وجهان كالروايتين ثم هما متفرقان فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون طاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه حكمه حكم الموت لأنه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته قال أحمد في الشركة إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وإن كانت في الخصومة أو الشراء في لزمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستدانة وإن فسق الوكيل لم ينزل لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيها بنافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتأوله الاذن نطقا ولا عرفا لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض (فصل) إذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره به قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لأن الإقرار أحد جوابي المدعي فملكه كالانكار

ولنا أن الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وقارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولأن الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف تعلمه إلا أن الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

(مسئلة) (وان وكله في القبض كان وكيله في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها مضيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيله في الآخر لأنه لم يتأوله القبض

كالايجاب في عقد التكاح فانه ينزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلاً في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينزل بفسق نفسه فيه وجهان وان كان وكيلاً فيما تشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلاً لو كـ من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والأغواء لان ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كماله لم يتعد، ويقارن الوديعة من جهة انها امانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فابسه صار ضامناً فاذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان امانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعديه ولودفع اليه مالا ووكله في شراء شيء تعدى في الثمن صار ضامناً له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة وان وجد بالمبيع عيباً فرد عليه أو وجد هوباً اشترى عيباً فرد وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المنزىل للضمان زال فعاد ما زال عنه

ووجه الاول انه لا يتوصل الى القبض إلا بالتثنية فكان أذناً فيه عرفاً ولا لب القبض لا يتم إلا به فلو سلمه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه ان كان الموكل عالمًا بمجحد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلاً في تثنيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تثنيته لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكرناه فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

(مسألة) (وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض حتى الذي قبله فله القبض من وارثه)

اذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حتى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال اقبض حتى الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينزل لذلك ، ويحتمل أن ينزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بشيء اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأثراً أو حرياً او مرتداً لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فازد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الرد لا يمنع ابتداء وكالته فلم يمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً

على موروثه ، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انساناً في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل ، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعل وكيه دون وارثه

(مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الحرقي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الودعة لا تثبت إلا بينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيها وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امراته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيعة بطلاق الزوجة وعق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته (فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة - واه وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بمد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه واذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالمشترى له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان أجازته صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال النفاضي متى اشترى بين ماله لغيره شيئا فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بين المالك أو في الذمة لانه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فمضاه ولم يشهدوا ذكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المالك إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بيينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كالموكل فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المالك إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان كان قضاء بغير بيينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه إذن في القضاء ببراءة ولم يوجد وبين أحد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالموكل ببيع ثوبه فادعى يمينه، ووجه الاول أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كالمفرط في البيع بدون ثمن المثل، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كالموكل بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا المصوم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لرد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاؤهما قضاها
الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن من
عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة
فقال لا يصحبي أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا
ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله
وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فلو وكيل المطالبة وللآخر
الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من
هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للبهة عنه وفي
هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى
الوكيل خوفا من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون
القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالنزل به وفيها دليل على جواز تراخي القبول
عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل
بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد
وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير
اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على الفشاء عد ولا
فأثروا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تقربطه وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد
أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين
بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير يئنه فأنكر الموكل أو قال أشهدت على
القضاء شهوداً فأثروا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تقربط) سواء كان
يجعل أولاً لانه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تقربطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله
مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست
التوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا بما يمتنع
إقامة اليمين عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المذكر، وكذلك إن ادعى
الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء
لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو
كلف ذلك مع تمنره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يطل)

وجملة ذلك أن الوكالة إذا وقعت مطابقة غير مؤقتة ملك التصرف أبدا ما لم تفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلك عنها أو ينهأ عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقضية عزله أو المؤدية معناه أو يزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امسا كما وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فاذا اقتضى رجوعها بعد طلاقها فلا أن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وإن باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكناية والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

الفاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والتهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك التاحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتمذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو باقرار موكله أو بينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان يجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

(مسئلة) (وإن قال بعت الثوب وقبضت الثمن فالتقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول بعت ولم تقبض شيئاً فالتقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لانه يقر بحق لنيره على موكله فلم يقبل كالأقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسمائة فالتقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الاً مرئخبر في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يحل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بضمن في ذمته وليس ذلك ملكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كالأشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو لغيره ، إذا ثبت هذا فمن أحمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجاز له لزمه لانه اشترى له وقد أجاز له فله كما لو اشترى بأذنه ، وإن لم يحجز لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير أذنه سواء كان وكيلاً الذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلاً له ، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير أذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبدًا بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وان اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسين .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولا نه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجعل فعلى وجهين) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وان كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالاستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يحجزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع مالم يؤذن له في يمه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولاته تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالمال المبني المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال للحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » يعني مالم تملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائز لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكنا بطلان البيع فاعترف له العاقد معه بطلان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بنفي اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بنفي اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بنفي اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضريين (أحدهما) من قبض المال تنعم ماله لا غير كالودع والوكيل بنفي جمل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن فقيم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال تنعم نفسه لا يقبل قوله في الرد كالستير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعترف فادعى الرد أو التلق لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بمجده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلق لم يقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بمجده فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلق قبل وجود خيائه فان كان جعوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلقى أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلقى بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيائه

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع لسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فلي وجيهين)

وجملة ذلك أنهما متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكلتك في بيع هذا البعد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير اذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح الذكاح وينف على اجازة المزوج له فان اجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بدينى عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كره طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان ما يملكه غيره ، وإن قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كره طعام واقض الثمن غني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالأذن فاخص بما اذن فيه والأذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتاً لم يحز تقديماً عليه ولا تأخيراً عنه فلو قال له بيع ثوبي غداً لم يحز بيعه اليوم ولا بعد غد وإن عين له المكان وكان يتعاق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفاً بجودة القدر أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم فتقيد الاذن به لانه قد

في بيعه نقد أو قال بل نسيئة أو قال وكنك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكنك في الشراء بشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في الجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله بقاء قال بل قيصاً وحكي عن مالك أن أدركت الساعة فالقول قول الموكل وإن قامت فالقول قول الوكيل لانها إذا قامت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فبلى هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما أذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برىء من الشراء ، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وإن كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير اذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

لص على أمره فيه غرض فلم يحجز تقويته وإن كان هو وغيره سواء في النرض لم يتقيد الاذن به وجاهله البيع في غيره لمساواته المتصوص عليه في النرض فكان تنصيبه على أحدهما إذنا في الآخر كالواستأجير أو استثمار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وإن عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك يمينه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في ملكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه لأن الله تعالى لم يأذن فيه لأن الموكل لا يملكه قالو كليل أولى ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالمو كليل في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والتم

(فصل) وإن وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لأن التوكيل تناول جميعه وفي التبعض اضرار بالموكل وتشقيص للمكة ولم يأذن فيه، وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراء بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى اليهم وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقا فهي للموكل وإن كان كاذبا فهي للبائع، فإن أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فإن امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا وبصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالثمن الذي أخذ منه إلا خر ظمنا فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مرضاة، فإن قال له ان كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بتمكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بتمكها وكذلك كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وإن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فإن كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فإن كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشترى عيذاً واحدة أو واحد واحد أو بهم لم تجز مخالفته لان تخصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء ، وإن قال اشترى عبيدين صفقة فاشترى عبيدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترى من المال كين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بافظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف ، وإن اشترى من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعتك هذين العبيدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمال أيضاً وجهين وإن لم يمين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فإن دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشترى به بينهما وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وإن قال اشتر بعينها فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا تمين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مفصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء لا وكيل وهل يقف على اجازة الموكل ؟ على روايتين وإن قال اشترى في ذمتك وانتقد هذه الدراهم ثمناً فاشترى بعينها فقال أصحاً با يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذا في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وإن اشترى الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه (فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقيته إن تلف فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذه من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد ، وإن كذباً وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت فائقة وإن كانت ناقصة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له المنع وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فاعزهم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وإن كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بنير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا إن اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال إنما بعتي ما بك فالفول قوله مع يمينه أنه لا يلزم كونه وكلاً ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بثلثها ولا يطل بتحريرها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تقويته عليه كالم يحز تقويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنحو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بتقدأ وحالا لم يحز مخالفته وان أذن له في النسبة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بتقدالبلد لان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده به شرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بتقد البلد وان كان في البلد نقدان باع باغلبهما فان تساوى باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبا له البيع لساء لانه معتاد فاشبهه الحال ويتخرج لتأمل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا هاهنا الاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر، وبفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة ففوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وهنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة لسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها لسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ يمه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثلث النسبة دون النقد، وان باعها نقداً بما تساوى لسيئة أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلّف ضمته وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقته الموكل برىء فان كذبه فالتقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة لإحدى الجانبين فبرىء بها كالأقرار والثاني لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلافه إذا صدقه لانه أقر براءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمتع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالتقول قول المتكبر بهر يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقالا وكنتي فأنكر الموكل فالتقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكنتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالتقول قوله لذلك ولو قل رجل

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبهه مالو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في السيئة صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستغنى بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو التقليل أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالتطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبية أو المائة ومتى كان في التطوق به غرض مختص به لم يحز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشترى لسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للوكيل، وإن اشتراه لسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها ويصح للوكيل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستغنى ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحز كقولنا في التي قبلها ولا صاحب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا انه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وما ذكره بنقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغايين الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لاخر وكنتي ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الاخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فأما ان ادعت المرأة فيبني أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن واللبائع مطالبته كذا هنا ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويغارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والعادة تسجيته وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانهما

وعن أحد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرض ، فلي هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتباين الناس به وما لا يتباين الناس به لأن ما يتباين الناس به صح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتباين الناس به عادة فمفوض عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتباين الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وأنهى يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة دينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الأثمان

معتزة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون زوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تعذر إقامة البينة عليه لكونه لا يعتقد إلا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في أحدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المغنى لا أصل له فلا يعول عليه .

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه مالو باعه بمائة دينار ولأن الاذن في يمه بمائة اذن في يمه
زيادة عليها عرفاً لأن من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار
أو تسعين درهماً وعشرة دنانير وأشياء ذلك أو بمائة ثوب أو بمائتين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ،
ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه خالف مركله في الجنس فأشبهه مالو باعه بثوب يساوي
أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لأنه مأذون
فيه عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجري مجرى يمه بمائة درهم ودينار وأما الثياب فلا يصح
يمه بها لأنها من غير جنس الاثمان .

(فصل) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثلث الكل جاز لأنه مأذون
فيه من جهة العرف فإن من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولأنه حصل له المائة وأبقى له
زيادة تنفعه ولا تضره وله يبيع النصف الآخر لأنه مأذون في يمه فأشبهه مالو باع العبد كله بمثل ثمنه
ويحتمل أن لا يجوز له يمه لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن يبيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للمغني
عن يمه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيد بمائة إذا باع أحدهما بما صح وهل
يكون له يبيع العبد الآخر؟ على وجهين، قلنا إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله
مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يحز وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز
فيها إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق اليمر بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في
تبعيضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يحز كما لو وكله في شراء عبد فاشتري نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد
نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فمقد عليها ضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول
قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها
زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن
شيء لأنه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما اقرب به كما لو ادعى على
رجل انه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصححه وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه
وكما لو ادعى شفعة على افسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فإن الشفع يستحق الشفعة
في أصح الوجهين فإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه
الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجب أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم
(مسئلة) (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره) لأنه تصرف لغيره لا يلزمه تجاوز أخذ الجمل عليه كرد الآبق

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين أو بـ ١٠٠ صحت ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتريه بأقل من مائة تخالفه لم يحز لانه خالف نصه وصرح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصرح النبي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشتراء بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نبيه أشبه ما زاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه نهى عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهه على النبي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن في ما دونها فحرم ذلك بحجج صريح نبيه فان تنبيهه الكلام كنصه وان قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كالوقال به بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جازلانه مأذون فيه عرفاً وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة النبي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالأذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجليم بصرح نبيه ففيها ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بمجمل فباع استحق الجمل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لا شرائه لم ياه ولو قال بع ثوبي بمائة فاشترى فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجحول يحتمل الوجود ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول به بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعاً لا ناعين تنمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة، إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص منه لا يصح لمخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بين مال الموكل والشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراء في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بضمن في ذمته وليس ذلك ماسكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جازلانه مأذون فيه عرفا وان خالفه في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى عبدا يساوي مائة بدونها جازلانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيرا فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يحز وان كان يساوي أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى ثنتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع الموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداهما تساوي دينارا والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الثنتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرخص إلا بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأنت الجلب فاشتريت ثنتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وصفت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو له غيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (أحدهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذنه فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يحزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره ثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا ذكر الحنفي وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بدني عليك طعاما لم يصح ولو قال أسلف لي ألفاً من ملكك في كرام طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي ألفاً في كرام طعام واقض الثمن غني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

حدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بمس بدینار قباعة بدینارين وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل قباه وجهاً (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) إن كانت الباقية تساوي دينار جازاً لحديث عروة بن الجعد الباري ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له إبدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لأنه أخذ بمحدث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة قباعها فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير أذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان

(فصل) وإذا وكفه في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها إلا سليمة لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالميب، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى غير ما أذن له فيه وإن لم يعلم عيبه صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لمعجزه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً فضااع مع الرسول فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره بمصارقته إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل لأن المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها إنما دفع ديناراً عوضاً عنه وهذا صرف يقتدر إلى إذن صاحب الدين ومصارقته به فإذا تلقى في يد وكيله كان من ضمانه اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضااعت من الرسول بغير تقييد فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دينارين وثياب فبعث إليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضااعت قال الضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينارين والثوبين إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجعهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه والموكل تضمن الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في المقد الفاسد كالقبض في المقد الصحيح فإذا كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، وتقل البنوي عن أحمد في رجل أعطي آخر دراهم ليشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضااع فلا شيء عليه وإن

عن شراء مصيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل والموكل رده أيضا لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضي رب المال لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لمرب البائع وفوات الثمن يتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وإن قلنا الرد على الفور لأنه أخره باذن البائع فيه وإن قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي عليه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة هنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقر الرد وموقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا يتمزل حتى يعلم الزل، وإن رضي الوكيل المبيع أو أمسكه أمسكا

ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فإن كان عليه حق لسان قاضي آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه إلا أن تقوم به بينة وإن لم تقوم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وإن صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وقاء الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وقارق الاقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وإن كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم قائمتها.

(مسئلة) (فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة لحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمانة في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب ولنا أن البيع باطلاً يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون المعيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قبيته فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرر ربة) لا تجوز العياء ولا معية عيا يضر بالعمل وقال هنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلمة بيننا فاشتراها فوجدها مبيعة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتمين فربما رضيه على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجبين أيضاً

وجه ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالاخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً بما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديده وتفريطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عينا فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع يدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والتابض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبين على رده إذا علم عيه بعد شرائه وان قلنا بملك رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز به الرد بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) واذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل ولنا أنه قبل العقد لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كترويج الخوسية وبهذا خالف سائر أموالهم واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر بانه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله فقي وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان الدفع اليه غير مبرى لاحتمال ان ينكر الحمل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف ان الحق انتقل اليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منه الوكيل كون الدافع لا يبري . وهي موجودة ههنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع اليه يبري . وهو متخلف ههنا فالخافه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فليزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن اذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على قبي فعل الغير فكانت على قبي العلم وإنما لزمته اليمين ههنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فلولكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا أن هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لأن ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد باليب وضمان الدرك فإما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضاً كالضامن والمضون عنه سواء وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فردّه على الوكيل كان أمانة في يده إن تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلاً يتسلف له ألفاً في كرخطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال أحمد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلاً فالمندبيل لصاحب الثوب أعما قال ذلك لأن هبة المندبيل سببها البيع وكان المندبيل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الا الشهاد لانه لا ضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بمد ذلك قال لا تستحق على شيئاً والقول قوله مع بينة وان كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كلودع والوكيل بلا جمل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالنائب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالشهاد لثلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحق لأن بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه إلى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) ثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكلاً ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين فأنا غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين قلها الحرفي في قوله ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لأن الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الحرفي كالرواية الأولى لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالمبيع والقرض. وإن شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزل له لم تثبت وكالاته بذلك، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبياً لم يثبت العزل بهفادته وحده لأن العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال اصحابنا فيها روايتان (احدهما) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احمدا قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقي بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقول من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بال عزل رجلا غيرها لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد احدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد احدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد احدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد احدهما انه قال وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد احدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جرياً لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال احدهما أشهد انه أقر عندي انه وكله وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيداً أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم تتم

(المغني والشرح الكبير) (٣٤) «الجزء الخامس»

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر انه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فيجوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالعريية وشهد الآخر انه اقر بها بالمعجبة ثبتت، ولو شهد احدهما انه وكله بالعريية وشهد الآخر انه وكله بالمعجبة لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعريية غير التوكيل بالمعجبة فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف أو انه قال جعلتك وكيلًا او شهد انه قال جعلتك جرياً لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكما لفظ الموكل وانا عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر أنه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلالاً بالبيع من غير شرط واثاني بنفي ذلك فكانا مختلفين ، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لانفاقها عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسمتط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما اعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لصدقه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والى ان يفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجارته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والمنزل بخبر الواحد بهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثمة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت المنزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عديين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبائع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أنصرف عنه تثبت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراهياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول تثبت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيئة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكنتي في كذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالمنزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجربها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالمنزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجربها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه قماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كاللذهيين ولنا أنه بقصد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين تفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران الى أنفسهما قماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما قماً وهو ابقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه قماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل انه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كاللذهيين ولنا أنه بقصد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين تفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران لانفسهما قماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما قماً وهو ابقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لأنهما يثبتان لايهما نائباً متصرفاً ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً لذلك ، وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وإن حقه باق في ذمة الترم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لايهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لبيده وأبناؤه يشهدان لبيد أيهما والابوان يشهدان لبيد ابنيهما فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ يحتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملسه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بملسه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لايهما نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً كذلك وإن ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الترم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لايهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لبيده وأبناؤه يشهدان لبيد أيهما والابوان يشهدان لبيد ابنيهما ، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ يحتمل وجهين (فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملسه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بملسه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان النائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على نائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح. ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني بالمضارب والعامل في المساقاة.

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان النائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على نائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى ألسن بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فأروي أن ما عزا أقر بالزنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإعما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي ينتهلم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من طاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والتام والمغنى عليه فلا يصح اقرارهم لا لئلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفق ، وعن التام حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون والتام ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألسن بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فأروي أن ما عزا أقر بالزنا فرجه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه تنفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإعما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي ينتهلم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(مسألة) (ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير مجبور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والتام والمغنى عليه)

لا لئلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفق وعن التام حتى يستيقظ » فنص عن الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون

مجبوراً عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحد في رواية منها في اليتيم إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم فإن أقر من هو مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغير ولا يحلف المقر لاتنا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بلا خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله طامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أماله تجري مجرى الصافي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كاليمين والطلاق ، فأما الصبي المميز فإن كان مجبوراً عليه لم يصح إقراره للنس وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ أشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبهه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقرار العبد أولى لأنه مكلف

(مسئلة) (فإن أقر مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر)

إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغير ولا يحلف لاتنا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح إقرار السكران ويتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بنسب خلاف وإن كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح يبيع نفسه عليه لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لأن الأصل عدم الكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذه الحال تدل على الكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد بالشهود باقراره لم تقتصر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه. وأما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لأن المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ وأما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص

خلاف وإن كان بمصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله.

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المكره إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح) لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فاما ان أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسئلة﴾ (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح يبيع)

نفس عليه احدى لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاثي يرضى الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد، وجب المال كالجائنة والمأمومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجها للمال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجها للقطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيدة ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويمتنع أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لسكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم تثبت حكم السرقة فيها فلا تثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرعة لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره محال ولا تنا

بيئة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بيئة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تقتصر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفينة والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا تهمة عليه في

ذلك وإنما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بما لم يبرئه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه إقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على التلك ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف التلك فما دون ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضربنا بسيده لانه اذا شاء أقر لنير سيدة فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لا آخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيدة وقال أبو حنيفة يستمى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضى بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بجزءه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من ثبت له الحق فاذا أقر لعبد بشكاح أو قصاص أو تزيير القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيئه وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيدة مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدة لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لبيمة أو دار لم يصح اقرارها وكان باطلا لانها لا يملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهما تساويا وان ضاق عنهما فقبل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، لص أحمد في المفسر على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كفرم المفسر الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المفسر وظاهر كلام الحرقي انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان أقر لوارث لم يقبل الابينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالذهيين وقال مالك يصح اذا لم ينهم ويبطل إذا آثم كن له بنت وابن

المال مطلقاً ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لأحد ولأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال مالكتها أو لزيد علي بسببها الفصح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن لإيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاء الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فملى هذا ان ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين ، وان عزاء الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزى الى ارث او وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرها فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى ورثة الموصي وورث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تمذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضتها أو وديعة أخنيتها منه فملى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لا تلمني وإن قال له علي ألف حملتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تبين انه كان موجوداً

عم فافر لا بنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يهتم في انه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلّة منع الاقرار التهمة فاخص المنع بموضها

ولنا أنه إيصال ماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بشير رضا بقية ورثته كعبته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسألة) (إلا أن يقر لزوجه بمهر مثلاً فما دونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لما لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بضمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يهتم فيها فأشبه ما لو أقر لمرضى ثم برى ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار علم ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاء الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناءه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلا ما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أوارى لآيا ما أينها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاء وقيل هو اخراج بعض

(مسئلة) (وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جدد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لبعده اشتريت نفسك مني بألف .

(مسئلة) (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية) وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لآخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم زوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه إذا صرقته عن رأي كان عازماً عليه وثنيت عنان دأبني إذا صرقته به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا تاء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناءً وإنما سمي استثناءً مجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك، والا هنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاة عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد النبي ولا يأتي بعده الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لأنه اثبات للمقرب فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة درهم إلا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بثبيء مدعياً لثبيء سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا إبليس) فإن إبليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذا أمرتك؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فإن قالوا بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فافر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد لا يجوز وهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة تثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه إذا أقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان أقر لامرأته بدين ثم ابناها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) إذا مات من مرضه لأنه اقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم بينها

(مسئلة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه أقر لوارث فأشبهه الاقرار له بحال والاول أصح لأنه عند الاقرار غير وارث فصح كالمولم يهر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث فنصار وارثاً فنصح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن أبطله أبطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فلي هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم اكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واحتار الحرفي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومنها أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتفق ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان أقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه منهم بقصد حرمانها النيرات فلم يطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فلك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المسال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بمجد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس قصص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال) وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويحب المال دون القصاص لان المال يتعلق بربقته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب السكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقليا لم يحز لما ذكرناه من الفصل الاول وبخاف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهيد « يكفر عنه خطايا كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولا ما دخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الحسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء السيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح بجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالتصوص عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وان جبر الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يشبه في أنه يقر لرجل ليفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لثلاث يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبا للمال كالجائفة والمأمومة لانه لإيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف

فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجناية

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه لإيجاب حق في ماله

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال)

وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين
 لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه
 يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موته
 فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تمذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير
 فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً
 وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً
 فهل كوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفيض التفسير
 بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم ،
 أو ليس درهماً أو خلا درهما أو عدا درهما أو ما خلا أو ما عدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم
 بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة
 لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فلها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من
 أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدرهم لسيد
 ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد التيق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان
 لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراها القطع لكونه حداً يدرا بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك
 لان العين التي أقر بسرقتها لم تثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك
 والعبد لا يقبل اقراره بملكه لانا لو قبلنا اقراره أضرب السيد ولانه اذا شاء أقر لسيده فابطل ملكه فان
 أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولانه لو قبل
 اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحذ وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار اكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بشكاح أو قصاص أو تمزيق القذف
 صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس
 لسيده مطالبة به ولا عفو وإن كذب العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بملك صح ويكون لسيده
 لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك
 كان الاقرار اموالاً يلزم تصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لعبد بملك لم يصح) لان العبد لسيده فلا يصح اقراره بنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجني لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه ويتنظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والمطف والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهمن أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمله الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدي

العبد لسيده لم يصح لانه أقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً
(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر

عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب العتق فتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان أقر لعبده غيره بمال صح وكان لملكه) لان مال العبد لسيده

(مسئلة) (وان أقر لبيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه البيمة لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال لملكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البيمة لم يصح اذ لا يمكن لإيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون لملكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بمجهولة النسب فافت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها قرر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولادها بعد الاقرار ولدان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أمته به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاجتماع أنها أنت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولده لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجلتين مع الاستثناء لقواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجلتين انما أخرج من الجلتين معاً من اتصف بصفة قطيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطيه درهماً الا فلاناً ، ونظير مستثنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ، وان قال له : علي درهمان وثلاثة الا درهمين ، لم يصح أيضاً لأنه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : علي ثلاثة وثلاثة الا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر قاسد كاستثناء الكل (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنياً لحصة مبقية لحصة ، وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الفارين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نقياً واثباتي اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نقياً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثمانية لأنه أثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وستزيد لهذا الفصل فروطاً في مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطاً وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لمن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد مثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لأنه مكلف أقر بحق ليس فيه قمع فلزماً كما لو أقر بما قال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لأنه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاوّل أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لان النسب يمتاط

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى او عارية كان إقراراً بآبائهم ببدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بمجمل واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى أخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثمنها أو قال ربهما صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيم للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يعود فيها أطاره

لأبائه وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (انضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره بإخ فسند ذكره إن شاء الله تعالى

(مسألة) (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه، وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا يرثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكره يطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وإتافقه على نفسه، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد وبجواب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق

(فصل) فإن أقرت امرأة بولدها لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين (أحدهما) لا يقبل لأن فيه حلاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولدها يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فإن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا بد أن يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن محول بينها وبينه وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعي عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (أحدهما) أن هذا ليس بإقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء السائل وللشافعي قولان كالذهبيين، ووجه قول الحنفي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الايئنة واما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كاللزام فيما إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما منع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل ارضهم أو دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتاط لابنائه ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

(فصل) وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجة أمه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن انساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا أن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجبه لفظ ولا يتضمنه

يدعي ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، وبمحجيء على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما رفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه هنا إن عاد فدعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أثبره وله العيين على المقر له ولو قال قضيت بمضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بمض ما أثبره بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه انكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يستل عن كيفية الاستيلاد فان قال بنكاح فلي الولد الولاء والام والآخران من أولادها رقيق، فان قال استولدتها في ملكي فالمر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد حكمها حكمها في العتق يموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه بملوكان وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاد لانه محتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فن وقت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لأحدهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه ونحريم مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلتب فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فانما يرتفع جزءه أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أني بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاء إلى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكلوا قال له علي ألف لا يلزمي أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكك وغيره خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فيتناقضان وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه

وان كان أقر السيد بوطئها صارنا فراشا ولحق ولداهما به اذا أمكن ان يولداً بعد ووطئه وان أمكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فاذا بين قبل يانه لان المرجح في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فلى الولد الولاء لانه مسروق والامة قن لانها علفت بمملوك، وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فاذا حلف رقت له ورق ولدها فاذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر ممالك وان عادت قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين للموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لأن الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يبين عرض على القافة فان ألحقته بإحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حدا لله تعالى يدراً بالشبهات ومحطاً لاسقاطه فأما حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدراً بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئاً معي من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرماً لعمر شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكة الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رعى به في البحر ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبا من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرماً لعمر وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بنصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويغرماً قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف افرع بين الولدين فيعتق أحدها بالقرعة لأن للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا يتقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أن يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سمائهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وان كان معه غيره لم يثبت النسب والمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتها لأنه على غيره فلا يقبل قلنا ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان مقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون التي عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد تقاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فان كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او طرية او وصية ولا يفرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه قريط، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه أقر للتاني بما أقر به للاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضهما وهما لا تعارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمتفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويفرمها لزيد لانه لما أقرها لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أو قال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطلب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر ان ادعاها ولا يفرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عينا فصدقاه تزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا فعليه اليمين أنه لا يعلم وتزاع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقر عنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالكا قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن ابي وقاص احتصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة اخي وابن وليدة ابي ولد علي فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللماهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه المدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا المدالة ويطلب بالاقرار بالدين ولمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(مسئلة) (وان أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدق مولا)

لان الحق لمولا فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

(مسئلة) (وان أقرت امرأة بتكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداها) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي النفقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المغني والشرح الكبير)

لا أحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تمينه وان نكل عن اليمين لما جئنا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غيرها للآخر لانه نكل عن يمين توجبت عليه فنفى عليه كالأودامها وحده (فصل) فان كان في يده عيذان فقال أحدهذين لزيد طوبى بالبيان فان عين أحدهما فصدقه زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الآخر فالكقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مال له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التمين فمينه المقر له وقال هذا عبيدي طوبى بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تمينه للآخر وان نكل عن اليمين نفى عليه وان اقر له فهو كتمينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعد ثم جاء به فقال : هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فلي المقر اليمين انه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لانه لا يدعيه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملكه فكذبته بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه إن محكوماً له به فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقررة بالأذن لص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحرور وان لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان أقر أن فلانة امرأته او أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثته كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا أقر بنسب كبير ناقض بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج منها مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان أقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نطه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مال السك لا يذيع أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فان ماد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لأنه يذيع ولا منازع له فيه، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاء المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره (١) وان كان معدوماً تلقف أو اباق ونحوه يتردد من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وان كان يتمد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فاذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلقفه بتمديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلقفه بتمد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر
الفصل زيادة من
بعض النسخ

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشرة درام ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صفاراً أو الى شهر كانت عشرة جياتاً وافية حالة)

وجملته أن من أقر بدرام وأطلق انقضى اقراره الدرهم الوافية وهي درام الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دنانق وانقضى أن تكون جياتاً حالة كما لو باعه بشرة درام وأطلق قائماً تلزمه كذلك، فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فان عاذ فقال زيوفاً - يعني رديئة - أو صفاراً وهي الدرهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمزلة الجاني فان كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فكل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فله الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوله وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قول الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعاق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان فاصباً فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالأقرار بالوصية وأقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه فمما كان عليه دين بينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المهور

كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاكتفاء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين ، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به معيماً

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق البعد فان العيب لا يمنع إطلاق اسم البعد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتفصيل أو اعترضته سلمة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي دراهم قضيتها إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صفاراً وثلثاً دراهم صفار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال درهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك قيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن أقر بحمل امرأة صح فان القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحبي وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد) إذا أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين وإن عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاتها لذلك وإن ولدت حياً وميتاً فالكل للحبي لانه لا يخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للبيت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما، فإن وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الاقرار كاف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وإن عزا الاقرار الى جهة غيره حيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له ألف لا يلزمي، وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار للحمل الا اذا ثبت أنه كان وجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وإن أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : ببتك بشمرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بحقيقته ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي التسمية المطهرة ببد باب الاقرار بها على صفها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير انقر، فاما ان قال زبواً وفسرها بمشوشة أو معيبة عيماً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصف ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، وفي بلد درهمهم منشوشة كصر والموصل ففيه وجهان (أولها) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدكم كما في الليم والأمان (والثاني) تلزمه الموازنة الحاصلة من النش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نهب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب

أو مضمّن أو طريق وعزاء إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدق بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كله لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ ان المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كلال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر قاعده لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً الى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقبها للغير فهو كثيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفأ فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وان

في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار لإخبار عن حق سابق فالصرف الى دراهم الاسلام (فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقرها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف اليه وإن فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يهتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد وتقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في اليسر ولا أنها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالتاقصة وزناً ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق التاقصة لأن إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار التصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا لإخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كالمو قال درهم لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذياك الوادي أهم ولم أقل * بذياك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك ألف؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألمست بربكم؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز أن يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو أفتح كك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لأنه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك إن قال لا أنكر لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فإن بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وإن قال يجوز أن يكون محققاً لم يكن اقراراً كذلك وإن قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لأنهما لا ترجي، وإن قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقراً لأن هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك إن قال خذ أو اتزن أو أفتح كك لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن أو أفتح كك لشيء آخر

(مسئلة) (وان قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح فرب يكون مقراً؟ يحتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لأن ذلك عقيب الدعوى فينصرف إليها وكذلك إن قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقرنكم واخذنكم على ذلكم أصري؟ قالوا أقررتنا) ولم يقولوا أقررتنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل أن لا يكون مقراً لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل

وان قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة واؤنة لان اطلاق الدرهم يقتضي واؤنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن لحكمه حكم ما لو أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منقوشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كالمو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا ههنا، فان وصف أحدهما واطلق الآخر كذلك لانه لا يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيذاً لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرتين بتعبير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فها درهمان لأنهما متبايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد ان يقر بالشهادة او بطلاق دعواك ، وان قال خذها اذا تزنها أو اقبضها او احرقها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً لا يثبت وجوب فيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير ان يكون واجبا عليه تأمره باخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي اقب ان شاء الله أو في علي او فيما أعلم أو قال اقضني ديني عليك الآن أو سلم لي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد اقر بها)

إذا قال لك علي اقب ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لان تعليق اقراره على شرط فلم يصح كالمعلقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا سبيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرضه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما اقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي اقب الا الآن ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي اقب ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي اقب الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع ، وان قال له علي اقب ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرضه فصح الاقرار دون ما يرضه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كالمفسر الدراهم المطلقة بأنها زبوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو دينار أو قفيز خطئة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني ويأنه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والمطف يقتضي المفارقة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وحدها واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاستعراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما قرره ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولنا أنه إنما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف إن شهد به فلان وذلك لأن الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتقويضاً إلى الله تعالى كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بوقوف الأمر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتمين حل الأمر هنا على المستقبل فيكون لا اقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعتك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له بعتك هذا التكاح فقال نعم إن شاء الله أن التكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبل صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لأن ما في علمه لا يحتل إلا الوجوب ولو قال أفضيتي الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لأنه تصديق لما ادعاه وإن قال سلم إلي ثوبي هذا أو فريسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وإن قال اشتر عبيدي هذا أو قال أعطني عبيدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا

قاسبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم اولكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لابل انت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كمالو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب ينار ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمطوف غير للمطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولا نالو لم نوجب عليه الادرها جعلنا كلامه لنوأ واضرا به عنه غير مفيد والاصل في كلام الماقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملة من أقر باحدهما ثم رجع الى الأخرى لزمه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونقاه بعد اقراره به فلم يقبل قفيه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بالالا يقتضي رضى لان قوله إذا جاء رأس الشهر محتمل أنه أراد المحل فلا يطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ومحتمل انه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه (المنفي والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء الخامس)

له بخلاف الاستثناء فانه لا يثبت شيئا أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة
الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده
درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم
أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم
في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله منه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا
اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه
اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس المقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا
تحتة فانه لا يثبت للاسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه
درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص
ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن
يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار
أو بعده أو فبين حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك قال قول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالثي قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون
ثابتا في الحال وقد أقر بصدقه

(مسئلة) (وان أقر العربي بالمعجية أو المعجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت قال قول له مع
عينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

باب الحكم فيما اذا وصل به قراره ما يغيره

إذا وصل بقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي ألف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو
ألف من ثمن خر أو تكفلت به علي أنني بالخيار لزمته الألف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب
وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي ألف زيوف وفسره برصاص
أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء
اقراره الى سببه قبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي ألف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي ألف لا تلزمني أو
نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكك وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت ألف عليه في
هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوتها فتنافيا وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينها وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لا تهاها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم آموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كاتي قبها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن يزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ويحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الفتي ونجب الزكاة ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لما شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة اكثر مما وهما وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقرر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونه او كثيرة في نفسه فلا تحجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا سائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى
(فصل) ولا يقبل رجوع المقرر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرك بالشبهات ويختلط لاسقاطه فأما حقوق الأديين وحقوق الله تعالى التي لا تندرك بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الخرقى ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (أحدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه اليانة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالذهيين، ووجه قول الخرقى أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى للقضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لما فيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل ما يقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احداً لتقدين في الآخر لا يصح وان كذبه قال قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فليزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق قال مقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له قال قول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) فان قال كان له علي ألف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان المحسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقواه منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويحيى على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه المحسون التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بشيء يئنة

(فصل) فان قال كان له علي ألف وسكت لزمه الاثف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال اما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا انه اقرب بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه بقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما الآخر أنها كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد قاضي القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين الاقرار وبين ما يدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي ألف وقضيته اياه لزمه الاثف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف المقر فلم يلزمه ،
(والثاني) يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار وبصلح أن يكون مقراً به فليزمه كما لو قال
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون
ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال النصب صار كأنه قال غصبت ثوباً ومنديلاً

ولنا أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوباً في منديل لي ولو
قال: هذا لم يكن مقراً بنصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في
اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر ، أو قراب
فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً
واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم
وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعها وإن قال: له علي ثوب مطر لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففیه أيضاً
وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته
ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن أبي موسى إن قال
قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه الألف الذي أقر به وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت
بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لا نرفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا
قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاء فإن كونه عليه يقتضي بقاءه
في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا ضدان لا
يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن
أن يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء
ألف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى
منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاماً أما القضاء
فإنما يرفع جزءاً ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك كلام
العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة يسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطماها كان مقراً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو اما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لاجمعهما، وإن قال : له علي إمدارهم وإمدارهم كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناءه باطلاً)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن السكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الفاوين) فاستثنى في موضع الفاوين من العباد وفي موضع العباد من الفاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه الا كثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابتوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

والله «بكفر عنه خطاياها كلها الا الدين» وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلتب فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نيل خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة (فصل) فاما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الفاوين) وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه الا كثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابتوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحدا أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل ، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومهم لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من أتبعك من الفاوين) أي لكن من أتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحدا أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، وأما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الآية الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومهم لم يستثن منه شيء فيكون قوله (إلا من أتبعك من الفاوين) أي لكن من أتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس هنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نأرضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يحز كاستثناء الكل ، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونقته في الأكثر وقبحته فلم يحز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخري في تخصيصه إلا بطل بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناءها من سبعة بقي أربعة مستثناء من عشر بقي منها ستة وان قال : له على ثمانية إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ، ولو قال عشرة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقرر بستة ، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال : له على ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نأرضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يحز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل واستعملته ونقته في الأكثر وقبحته فلم يحز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخري لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسألة) (فإذا قال له علي هؤلاء العبيد عشرة إلا واحداً لزمه تسليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار بصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له .

(مسألة) (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل ؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وانما تمذر تسليم المقر

كله لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما يبطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن النعماني وأبو الخطاب يكون الالف مبهاً يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتنى علم أحد الطرفين علم أن الآخر

به لتلفه لا لعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلقت بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير متهم لان المقرر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء . وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقرر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة للمقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يستل عن المستثنى منه فإن فسر به بشر الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وإن قال : له علي تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وإن قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المقدر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الحصين أنه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث إن رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال غيرة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس انفسر أو قال : بتك هذا مائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضيف لا يعول عليه .

(مسئلة) (وإن قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لأن الأول استثناء فلا يدخل البيت في إقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما يتأوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) (وإن قال له علي درهما وثلاثة أدرهين فهل يصح على وجين ؟)

(أحدهما) يصح لأن الاستثناء يعود إلى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لأنه يعود إلى أقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) (وإن قال له علي درهم وأدرهما أو ثلاثة ودرهماين إلا درهمين أو ثلاثة ونصف إلا نصفاً أو الأدرهما أو خمسة وتسعون إلا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحدة وعندنا أن الاستثناء إذا تمقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) أن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال اتهمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يقرضن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المفركا لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وإن عطف مذكروا أو معدودا لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. ولنا أن العرب تكلفني بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبنوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقدح الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً بحقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشراً) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً الوجهين (أحدهما) أن العشر بغيرها عدد للعزوث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تمد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع

الأبذنه قال شيخنا والاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع أحدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجمل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من انصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً إلا فلاناً ونظير مستثناً ما لو قال أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً

(مسئلة) وإن قال له علي خمسة الدراهم ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين

لأنه استثنى أكثر من النصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فإذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً إليه فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة ولا درهماً كان مستثنياً الخمسة مقرأً بخمسة فإن كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (أنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط أنا لمنجورهم أجمعين إلا امرأته قدرنا أنها لمن الفافرين) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نقيضاً والثاني اثباتاً فإن استثنى استثناء ثالثاً كان نقيضاً يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك عبارة الكلام انظر عن الالباس والاهام وصرنا له إلى البيان والافهام، وقول أعجاب أبي حنيفة أن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على، ويجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فاما أن لا يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر وبقى المبهم على إبهامه كالم قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لأنهم فيه اختلاف بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو متصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فمضى ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغاظ وإن قال له عندي وديعة رددها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الالف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله

قال له سبعة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نقي منها ثلاثة ثم اثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقرأً بخمسة

(مسئلة) (وإن قال له علي عشرة الاخسة إلا ثلاثة الا درهمين الا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو الاكثر سقط أن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعماله فاستعمالنا الاستثناء الاول لوصله بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فان عشرة الا درهما عبارة عن تسعة فإذا قال له علي عشرة الاخسة الا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الاثبات نقي ومن النفي اثبات فصح استثناء الخمسة وهو نقي فتى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي اثبات فمادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نقي فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لأنه مكسوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويطلق الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنتين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة إذا صححنا الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة الا خمسة بقي خمسة فإذا قال الا ثلاثة فمادت ثمانية لأنها اثبات فإذا قال الا درهمين كانت ثمانية فبقي ستة فإذا استثنى درهما كان مئبناً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الاول لكونه النصف فإذا قال الا ثلاثة كانت مئبنة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لأن أحد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجه ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسر به الوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى أخبراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا إن علي لا يجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما علي فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وإن جاز التمييز بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله من الدين) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت قبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لأنهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لأنه نصف.

(فصل) فإن قال له علي ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمن بطل الاستثناء كله لأن الاستثناء لدرهمن من الثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني بطل الأول لأنه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لأنه فرع (الثاني) يصح ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لأنه وليه إبطال ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمن لأنه استثناء لاكثر واستثناء الأكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وإن قال ثلاثة إلا الثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله، ويحییء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها

(مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وهذا قال زفر ويحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة إن استثنى مكبلاً أو موزوناً جاز وإن استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكبل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذا قاتلنا للملائكة أسجدوا لا دم فسجدوا) إلا

فحذفت المضاف وأقيمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولي قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً وأقيمت اللام مقام على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الإقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال لك علي ألف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لأنه مناقض وقد سبق نحوه من هذا

(فصل) وإن قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غير ها وهي دين عليك فقول الخري يقتضي أن القول قول المقر له وهو قول أب حنيفة وقال القاضي إقول قول المقر مع بينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقها ما تقدم وإن كان قال في إقراره لك علي مائة في ذمتي فإن القاضي وافق هنا في أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لأنه لا يتم في ذمتي أدائها ولا أنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا حجاب للشافعي في هذه وجهان، فأما أن وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمل فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وإن قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لأنهما قد تعدى فيها فتكون ديناً وإن قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لأنها تصير بذلك ديناً وإن قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وإن قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكماً بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن في المقدار الصحيح ضمن في النقص، وإن قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا قال تقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

أبليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا العاقر وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جواباً وما بالربع من أحد إلا أوارى لا يأما أيها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قوله ثبت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عن رأيه كان عازماً عليه وثبتت عنان دأبي إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجه استرساله فلا يكون استثناءً وإنما سمي استثناءً تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك والا هنا بمعنى لكن هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكام عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب المزبور من غير الجنس إلا بعد التفي ولا يأتي بعد الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة إذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار لأنه إثبات للمقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم الآنوباً لي عليه فيكون مفراً لشيء مدعياً لشيء سواد فيقبل إقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا العبد ألف أوله من هذا العبد ألف طوب بالبيان فان قال قد عني ألفاني ثمنه كان قرضاً، وان قال قد في ثمنه ألفاً فلنأين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يمين وقد يمين، وان قال اشتريته بإيجابين قيل فكم اشتري منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه يبيع وصرف إليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه، وان فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله يبيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بألف فقيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق الرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، وأما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا طاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (فسق عن أمر ربه) ولا قال (مانعك أن لا تسجد إذا أمرت) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله وأهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فانه متى كان ابليس داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا توباً لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ما بينا

(مسئلة) (الا ان يستتي عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح)

ذكره الحرقى وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الاديناراً فهل يصح؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرقى صحته لان قدر أحدهما، معلوم من الآخر ويصير أحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا (وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال ، لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن منصور اذا قال قريسي هذه لفلان فاقراؤه جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال ألف صح وان قال له في ميراث أبي ألف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولا به اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فقتضاه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقرا بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فافتضى ذلك التسوية بينهم كذا مهنا

على وجه صحيح لم يجز النافذ وقد أمكن بهذا الطريق فرج تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطالان على ما اذا اتقى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقيا لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول وبخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا قال له علي ألف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه ان يكلام فيه ثم قال زيوقا أو صفارأ أو الى شهر لزمه ألف جياذ وافية حالة)

وجهة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذا حالة كما لو باعه بشرة دراهم وأطلق فلها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالتصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون التصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا

(فصل في الاقرار بالجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه وبفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاعتراف عليه فليزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله دافع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فالزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجملنا كلا ويؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً قصده المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن ينته وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا إن ينته وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقرء ووجه الاول انه ممنوع من حق عليه فيحبس به كالأمر عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فشكل المقر فهو على ما ذكره وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فإن ما قال زيوفاً أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والودعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به نعيماً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدائن ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسألة) (إلا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الفس لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص ، وفارق البيع فانه إيجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاعتراف اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لان الحق ثبت على موردتهم فيشقي بركته وقد صاربت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موردتهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخفف الميث ركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك أن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والبيسة لم يقبل وإن فسره بكباب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وإن فسره بكباب يجوز اقتناؤه أو جلد مينة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فلا يجاب بتناوله، (والثاني) لا يقبل لأن الاقرار لإخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة خبطة أو شير ونحوها لم يقبل لأن هذا لا يتمول عادة على انفراد وإن فسره بمقد قذف قبل لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والاول أصح لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وإن فسره بحق شفعة قبل لأنه حق واجب ويؤول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تشييت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يسقط بفوانه فلا يثبت في الذمة، وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقاً علي رد سلامه إذا سلم وتشيته إذا عطس للاروي في الخبر، المسلم على المسلم ثلاثون حقاً: رد سلامه وبشمت عطسته وبحبيب دعوته « وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لأن اسم النصب يقع عليه، وإن قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسر بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق النقصه فإن في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف إلى شهر لزمه مؤجلاً ويحتمل أن يلزمه حالا) إذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذا ذلك إن سكت للتفيس أو اعترضه سلمة ونحو ذلك ويحتمل أن تلزمه حالة ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضه إياها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف زبوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وإن فسره بمخشونة قبل وكذلك إن فسرها بممية عيا بنقصها قبل لأنه صادق وإن فسرها برصاص أو نحاس أو مالا

الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرها لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزن ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بما قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهوراً لقول الله تعالى (أن تبنتوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التحصيل وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حاجة لهم فيها بغير قولهم قوله تعالى (أن تبنتوا بأموالكم) والتوزيع جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد على وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار ولاناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدرام يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك قيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، يحققه ان الدرام ثبتت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو الواجب عليه فيفسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف الى

من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنتان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا عرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حدير رجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودنايتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيها إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في إلا أكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجح إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلته قدره عنده وتحقيقه وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقل بذيالك الوادي وذياك من زهد
واسكن إذا ما حب شيء تولت به أحرف الصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الموازن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة قال قول المالك) لأن العين ثبتت بالاقرار له وإن ادعى المقر ديناً لا يعترف به المقر له ما لقول قول المالك ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تلفاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسر به بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ومحتمل أنه أراد أكثر منه فلوماً أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمل جيداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار ، واحتمل ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(فصل) ولو قال : له علي ألف الاشياء قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك إن قال الاقلية لأنه مبهم فأشبهه قوله الاشياء وإن قال له علي معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعت عليه .

ثوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بيينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بيينة

(مسألة) (وإن قال له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدهما) القول قول المقر لأنه اعترف له بالثمن وادعى عليه مبيعاً فأشبهه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي ألف ثم سكت ثم قال مؤجل

(مسألة) (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لانفع فيه بين أهل العلم اختلافاً سواء فسر به بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظة بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرهما بدين عليه فمذ ذلك ثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وإن فسر به بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتلف ليسا عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً ، وقال القاضي يقبل قوله إلا أن أحد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.
(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا
فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم
بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجبر
فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه
(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين
هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول نجاة الكوفة (الرابع) أن
يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجبر للوقف وهذا
مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا أن
كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف.
(المسألة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء
لا يتبرر الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء. ولأنه إذا قاله بالجبر احتمل أن يكون
قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا
كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد
هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسألة) (وإن قال له علي ألف وفسيره بوديعة لم يقبل قوله وإن ادعى بدهذا تلفه لم يقبل قوله)
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بعد هذا تلفها
قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال له علي ألف
وفسيها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي ألف وديعة لأن حروف
الصفات يختلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى أخباراً عن موسى عليه السلام
أنه قال (ولم علي ذنب) أي عندي

ولنا أن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له
والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه أعماهي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف
إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقراء يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم
لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله السدس)
ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل
منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أقت اللام مقام علي كقوله
تعالى (وإن أسأمت فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقراء مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصاركأنه قال هما درهم ، وان قال درهما بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهما وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليها فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ايهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك ، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد ، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه . فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منها ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالتاقصة والزائفة ، وللمؤجلة ، وأما اذا قال لك علي الف ثم قال كانت ودية فتلق لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحوه هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي ودية كانت لك عندي فقال المقر له هذه ودية والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالتقول قول المقر له على مقتضى قول الحرفي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجين وتحليلها ما تقدم ، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي هنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الودية عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده ودية تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة ودية قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة ودية ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لانه قد تعدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الودية لا نصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم طرية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في المقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أودعني مائة فلم

لا كثر من المذكور فانه يجب بالمفرد عشرون وبالركب احدى عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متاولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبتك لم يلزمه شيء لانه قد ينصبه نفسه ويغيبه في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وقصره بنصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني وبجواب أن يكون الثاني غير الاول ، وان قصره بما قبل وان قل وان قصره بكلمة أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان قصره بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بنصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين مثبت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بما لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

أقبضها أو أقرضني مائة فلم يأخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال تقديني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد الف اوله من هذا العبد الف طوب بالبيان فان قال نقد عني الفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه الفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يمين وقد يمين وان قال اشتريته بإيجابين قيل له فكم اشتريته ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه يبع وصرف اليه من ثمنه الف فان أراد ان يعطيه الفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصي له يتعين حقه في ثمنه وان قسر ذلك بحجاية جناها العبد فتعلقت بركبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال أردت انه رهن عنده بألف فلي وجين (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالحجاية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له في هذا المال الف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالمالك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لأنه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك ودية أوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنه أقرب حتى في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ما لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بملك هذا العبد بألف قال بل ملكته بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل ودية لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبد بملك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لأن إقراره يتعلق بالمبيع والأصل عام القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(فصل) وإذا قال بملك جاريتي هذه قال بل زوجتها فلا يخلو أما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد إقراره بالبائع بقبض الثمن فهو مقر بها للمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حليها بالزوجية فيثبت الحل لا اتفاقها عليه

(مسألة) (وان قال له من مالي أو في مالي أو في مبرائي من أي الف أو نصف داري هذه وفسره

بالهبة وقال بدالي من تقيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو ودية أو وصية قبل وقال بعض أصحاب

الشافعي لا يقبل إقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز أن يضيف إليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من يوهن) وقال لأزواج رسول الله ﷺ (وقرن في يوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته فإن قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل ، وإن امتنع من تقيضها لم يحبر عليه لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية ، هنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يحز إلا أن يقول وهبه وإن قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فأقراره جائز فظاهر هذا صحة الإقرار فإن قال له في هذا المال نصفه فأقراره جائز وإن قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقها على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء بالبائع يقر أنها صارت أم ولد ولولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقارره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع عينا لانه لا يرى العيين في انكار النكاح، ووفقه الولد على أبيه لانه حر ووفقه الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي ففتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ما تركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فبإثباتها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فبإثباتها موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطئ وليس ميراثا له لانه قد مات قبلها، وان كان اختلفا قبل الاستيلاء فنسدي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقها

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة فيه واذا أضاف الميراث الى نفسه فعناه ما ورثته وانتقل الى فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقارره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه العيين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المقني روايتين (احداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة وعمران لان دعواه تكذيب لاقارره فلا تسم كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بيعة لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان المادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويشارك الاقرار البينة من وجهين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد إلى السيد لاتفاقها على تحريرها عليه
وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقها على استحقاقه لذلك ، والأمر في الباطن على ذلك فإن
السيد ان كان صادقا فالأمة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجة والقدر الذي اتفقا
عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنها وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي بحلف الزوج
أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجة لأنه لا يستحلف
فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد
لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهاً (أحدها) رجع إليه فيملكها ظاهر أو باطناً كما يرجع
البائع في السلعة عند فسخ المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت
البيع وتمود إليه ملكاً (والثاني) رجع إليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع
إمكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذته وان زاد قال زيادة
لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقرر في يد المشتري
أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهتة أياها بل زوجته لم
يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق المهر
وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانها تكون
شهادة زور (والثاني) إنكاره مع الشهادة طعن في البيئة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر
القاضي في الجرد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه الفأ وقبضها أو قال له علي اقب ثم
قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على
قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) (وان باع شيئاً ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لأنه يقر على غيره ولا يفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لأنه فوته عليه بالبيع
وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان إنما

يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بيئة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت
عن ملكي أو نحوه لم تسمع بيئته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كالإقرار بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار

لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهاً
أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناءً عما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا اعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له بركه وفي حق المشتري استنقاذ أو استخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعها إلى الزوج عوضاً ليخلفها صح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقته إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجم أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع أن كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا مما فيحتمل أن يوقف حتى يسطلحا عليه لأنه لأحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يخلف وبأخذه لأنه منكروا أن يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك

(فصل) ولو أقر لرجل بمبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويخلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء قال رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى اخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما السانية إلا الشيطان إن اذكره) أي إنساني ذكره وإن قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه أولاه وبفارقته في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز أبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه أياها وإن يعود فيما أعاره والله أعلم

(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبايع يقر أنها صارت أم ولدها حر وإنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على باقي الآخر

﴿مسألة﴾ قال (ولو مات نخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له به)

وجه ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لما في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون الذكر ولا يمكن إثباته في حقهما لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم بيطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم بيطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالنصيب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الأصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وإن اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع عينا لانه لا يرى اليقين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاء فان ماتت وتركته مالا فلبائتم قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركته للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وإن كان كاذبا فهي ملكه وتركته كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لان أحدا لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وميراثها ليس له لانه قد مات قبلها وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه امساكها وإثباتا لاختلافهما في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على محرمتها عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حرة

بيض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بإقيها والذي في بدالمسركا: انصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت لنسبه بينة ، ولأنه لإقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نقماً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيها إذا كان المقر صادقاً فيها بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشار إليهم في الميراث ثبت لنسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبناته ودمائيه والإيمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجة والقدر الذي اتفقا عليه أن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهرأ وقال القاضي بحلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على بقي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان مماً ويسقط الثمن عن الزوج لأن اليمين ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع إليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فسخ المشتري بالثمن لأن الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ما كان (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم وبوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه أو دونه أخذه وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقرر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، وإن رجع البائع فقال صدق خصمي ما بنته أياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها . إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن .

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا عتاقه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد أو صاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمة أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة وللعاهر الحجر » ف قضى به لعبد بن زمة وقال « احتجني منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه المدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه القفول والمدالة ويبطل بالاقرار بالدين (فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولده اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لمن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولده لئله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذا فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضاً ليخلهما صح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعففته والمشتري يقول ما أعفقه إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالإل لـه لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت اعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في قبي الحربة لأنها حق لغيره وان رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لاحدهما ولا تعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لأنه منكر وان لم يرجع واحد منهما فقيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل ان يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل ببيد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه وإن قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لوعاد فجدد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهم ثبت النسب بإقرارهما لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت وأخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانها يأخذان المال كله، واذا أقر ببن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث اكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين . وورثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يجوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو او غصبت من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويحرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويحرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو تلقى بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر قال ثوب للاول ويحرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

(مسئلة) (وان قال ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهي كالسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويحرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الى زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الى زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبت من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً.
(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لانه لا يجوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقر به أيضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالثين عاقلين فأقر به احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبهه مالهو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواء أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منها وجها واحدا لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كاللوروث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يقر له شيئاً لانه لم يقر له بشيء، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذبا فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أقرنا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسلت اليه، وان بين انصاب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنسوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما انه لم ينصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لها جميعاً فسلت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاهما وحده

(فصل) وان كان في يده عيبدان فقال احد هذين يزيد طوبى بالبيان فاذا عين احدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد أعان لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مال له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه، فان أبي التمين فضينه المقر له وقال هذا عبيدي طوبى بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين (المغني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء الخامس)

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ اقربان للميت وأخ من أب أقر باخ من ابوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن سريج، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن تورثته يفضي إلى إسقاط تورثته فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويسقط نسب المقر به وتورثته فيؤدي تورثته إلى إسقاط نسبه وتورثته فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للبراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الإرث لا ينم صحتة بدليل أن الابن إذا أقر باخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله هنا فإنه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وإن أقر له فهو كتمينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لأبل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرو، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه ألفان كما لو قال له علي ألف وألف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا هنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا

(مسئلة) (وإن أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان)

وكذلك إن قال ألف درهم سود وألف درهم يبيض لأن الصفة اختلفت فهما متبايران

(مسئلة) (وإن ادعى رجلان داراً في يد غيرها شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابني أحدهما صغيراً فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا إنه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولأنه لو كان في يدي إنسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وإن كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فإن خلف ابناً فأقر بأخ ثبت نسبه ثم إن أقر بثالث ثبت نسبه أيضاً لأنه إقرار من جميع الورثة فإن قال الثالث الثاني ليس بأخ لنا فقال القاضي يسقط نسب الثاني لأن الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لأن نسبه ثبت بقول الأول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأنه أقر به من هو كل الورثة حين الإقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأن الثاني لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وأما ثبت نسبه بإقراره فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولأن ذلك يؤدي إلى إسقاط الأصل بالفرع الذي ثبت به (فصل) وإن أقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وإن تكاذبا ففيهما وجهان (أحدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لأن كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لأن كل واحد منهما وجد الإقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الإقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فإن كان أحدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجهان وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت إلى

وجلة ذلك أنهما إذا ادعيا أنهما ملكهما بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولوا ورثناها وابتاعناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لما جميعاً لأنهما اعترفا أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بالنصف وجب تسليمه إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف لها فصار بمنزلة ثبنت لمن يقر له وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فإن قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى بل متى أقر بشيء لأنسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى النصف لأن له حجة به ولأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به . فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الإقرار لأنه أقر لمن لا يدعيه (الثاني) يزعم الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لما لكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منها سواء تجا حداً معاً أو جحد احدها صاحبه لا تنا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب احدها ثبت نسب الآخر لانهما لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لانه اقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو اقرده ويحتمل أن لا يثبت لان احدها وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لانه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بأبن للبيت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لايه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لان الزوجية زالت بالموت وأما المقر به حقها من الميراث ولم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للبيت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف اخا من اب واخا من ام فيقر الاخ من الام باخ للبيت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من ابوين أو من أب وأمن أم لان ميراثه في يد غير المقر، وان اقر بأخوين من ام دفع اليها ثلث ما في يده

(مسئلة) (وان قال في مرض موته هذا الالف لقطة فتصدقوا به يلزم الورثة الصدقة بثلثه)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على تعديده في وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها

آخر فأقر له فهي للابن ويغرمها للثاني)

وجه ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه او قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يفرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإلزامه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ماله الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وان أقر بها لها معاً فهي بينهما) تتساويهما في الدعوى والاقرار لها

لانه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) واذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم في الميراث ثبت نسبه اذا لم يكونا متهمين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كاخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وتم وارث غيرهما لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما يئنة. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه

(فصل) اذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثته وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا يرثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل قضي عليه بالنكول) لان النكول كالافرار ولو أقر لزمه الترم فكذلك اذا نكل عن اليمين

(مسئلة) (وان ادعى رجل على الميت مائة دينار فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجاء ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتملق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فإذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وامكان التسخ فيه ولحق الزيادة في المقد فكذلك في الاقرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها لقبول فكذلك الوارث ولان منه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الترماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولا قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالوروث.

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وما ذكره يطل ما اذا كان المقر به حياً موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله واتفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد وبجواب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدق حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب وإذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر به إلا بعد موته ورثته لأنه وجد الاقرار والتصديق معاً .

(فصل) وإذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فافر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لأن النسب بينهما لم يثبت لما كان الكل واحد ، منها وارث غير صاحبه لم يرثه لأنه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) وإذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولأنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كإقرار الرهن بحماية على الرهن أو الجاني ، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك ، وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين

(مسئلة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدق أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لأنه مقر على أبيه بدن ولا يازمه أكثر من نصف دين أبيه ولأنه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل إقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

(مسئلة) (الأن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وانما لزم المقر نصف المائة لأنه يرث نصف التركة فيازمه نصف الدين لأنه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينة أو بإقرار الميت

أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول
أصح لانه نسب ثبت بالاقرار أشبه بنسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب محتاط لاثباته
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج
فهل يقبل اقرارها على روايتين احدها لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقرب به والحاقا
للعار به بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة اولسب معروف فلا بد من
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر
انه لا تخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان
النسب محتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم
النازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب محتاط لاثباته
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

مسئلة (وان خلف ابنتين وعبدین متساوي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعنتق
هذا وقال الآخر بل أعنتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه
ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعنتق هذا وقال الآخر أبي أعنتق أحدهما لا أدري من هو
منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقعت على
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء)

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لانه لو أعنتقه في صحته
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال
(أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله إلا أن يجزأ عتق جميعه
فيعتق (الثاني) أن يبين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل
واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك
الثلث ولله بغيرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو
السدس ونصف العبد الذي يشكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعنتق هذا ويقول الآخر أبي أعنتق أحدهما لا أدري من منهما تقوم
الفرقة مقام تمين الذي لم يبين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولهما وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقرأً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرأً كما لو لم تكن مروفة بالحرية وما ذكرناه لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه (فصل) واذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لازوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فإقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين احدهم ثبت نسبه وحرية ثم يستل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قدمه رقى والام وولداها الآخران رقيق فن وان قال استولسها في ملكي فالمقربه حر الاصل لا ولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فإخوانه ابناء ام ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر فن والاصغر له حكم امه ، وان عين الاصغر فأخوانه رقيق فن لانها ولستهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخوانه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام يانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم وللولد بها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فإقراره بالقائه فان أحقوا به واحدا منهم أحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فن وقعت له القرعة عتق وورث وهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لـ كل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه وبصير ثلث كل واحد من العبدین حراً (الرابع) أن يقول أعتق أحدهما ولا تدري من منهما فانه بقرع بين العبدین فن وقعت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجح الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

(باب الاقرار بالمجمل)

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نعم فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)
وجه ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بخلافه ، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كالوعينه في اقراره .

(فصل) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منها ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فإن كان لكل واحدة منها زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وإن لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتا فراشاً ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولد بعد وطئه وإن أمكن في احدهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح اقراره وثبت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لامتناع له فيه فالحقه بنسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ، ثم يطلب بيان كيفية الولادة فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وإمه أم ولد وإن قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك ، وإن ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبهه ماله ادعت ذلك من غير اقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها أن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه فله ادعاء الى تحريرها والمقر لا اداعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً يؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له ان يثبت وإلا جلتناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان يثبت وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فمل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه محتسب من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتى عنه المدعي وادعاه فشكل المقر فهو على ما ذكره فإن مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً ، وإن لم يخلف الميت ترية فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حاتف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما إذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك إذا حلف أن لا يعلم كالوارث

(مسألة) (وإن فسر به بحق شفعة أو مال قبل وإن قل وأن فسر به بمال كقشر جوزة أو ميتة أو

(الجزء الخامس)

(٤٣)

(المفتي والشرح الكبير)

عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامه وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يتق لان الظاهر انها ولدتها في ملكها لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يبين عرض على القامة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبها وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسب وميراثه على ما ذكرنا في القى قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني بوقف نصيب ابن لاتا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجح انكشافه وقال ابو حنيفة يتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سمائهما والكلام على قسمة الحرية والسماية يأتي في التق ان شاء الله تعالى .

(مسئلة) قال (و كذلك ان اقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجهة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف لعله ويتعلق ذلك بركة

خر لم يقبل وان فسر به بكتب أو حد قذف فلي وجهين متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره وثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسر به بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسر به بما ليس بمال في الشرع كالخمر والميتة، وان فسر به بكتب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسر به بكتب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسر به بحبة خنطة أو شير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على اقراره، وان فسر به بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاول أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسر به برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بقواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته اذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً برد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته»

(مسئلة) (وان قال تعصبت منه شيئاً ثم فسر به نفسه أو ولده لم يقبل) لان التعصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء، لانه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركته تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فخكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قول الشافعي رحمه الله بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه للمكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما في من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشراكة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وإن أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وإن فسر بما ليس بمال مما يتنفع به قبل لأن النصب يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة لانه قد يقره عليه، وإن فسر بما لا تقع فيه أو مالا يباح الاتفاع به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بنصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار كالمكيل والموزون ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الإخبار به والإخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لأن الإقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) (وإن قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو قليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لانه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لانه الذي يجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اتان وسبعون لأن الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نقماً

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولوا ورتقاها أو ابتاعها مما فاقر المدعى عليه بنصفها لا أحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لاحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنها لم يعترفاً بالاشتراك فإن أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة فتيبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعاً ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الإنسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق هنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً في النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لأنه أقرب لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجره لما لا يملك (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعنو ما ذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حدير رجح في تفسيره إليه ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لفقر نفسه ودناءتها وأما ما ذكره فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وإن أقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه الأول كقولنا والثاني لا يقبل إلا في أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مرراً لقول الله تعالى (لن تبغوا بأموالكم)

(مسئلة) قال (وكل من قلت القول قوله فالخصمه عليه اليمين)

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال للمالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشبه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهار أو الذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجزر المستأجر ثم أنكر ذلك وسال أحلاف خصمه فقيه روايتان (إحداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لاقراءه فلا تسمع كالأقرار المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولأن الاقرار أقوى من الينة، ولو شهدت الينة فقال أحلفوه لي مع يشتهلم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن المادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الاقرار الينة لوجهين (أحدهما) أن المادة جارية بالاقرار بالقبض ولم يجز

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتناول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه وإما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها نزلت بمسكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتوا بأموالكم) والزواج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

أما إذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وإن قال له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمته ثلاثة أيضاً بهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الثمن وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالاوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقرر أراد كثرة بالنسبة إلى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي كذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم)

لأن تقديره شيء هو درهم وإن قال بالخفض لزمه بعض درهم لأن كذا يحتمل أن يكون جزءاً

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) أن إنكاره مع الشهادة طعن في اليقظة وتكذيب لما وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أو قال له علي ألف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا يجوز إلا على اليقين، فأما أن أقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما أقبضتكم وقال المتهم بل أقبضتني فالحكم قول الواهب لأن الأصل عدم القبض، وإن كانت في يد المتهم فقال أقبضتني فقال بل أخذتها مني بنير أذنني فالحكم قول الواهب أيضاً لأن الأصل عدم الاذن وإن كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر بنير مدته يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما الميم لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة إذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكي أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل لأنه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً إلى درهم ويرجع في تفسيره إليه إذا فسر به بذلك لأنه محتمل

(مسئلة) (وإن قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التمييز

(مسئلة) (وإن قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لأن الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً للشيئين كل واحد بض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لأنه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير إلى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما) إذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الأولى فإذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجزم فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض التحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة

عطيته بخلاف ذلك فادون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة بحقه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته ونحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الاقرار لو ارث لانه متهم فيه على ما سئذ كره

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيئته او قرار في صحته وفي المال سعة لهما فيها سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الحرقى انهما سواء وهو اختيار التيمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكرا أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنها حقان يجب قضائهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيئته، وقال أبو الخطاب لا يخص غرما الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين بيئته يبدأ بالدين الذي بالبيئته وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيئته كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منه من التبرع ومن الاقرار لو ارث ولأنه محجور عليه ولهذا لا تقذفه بانه وتبرأته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيئته كالذي أقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منها لأحدهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجبر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف (المسئلة الثانية) (إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يثبیر ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء . ولأنه إذا قاله بالجبر احتل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصار كأنه قال هما درهم، وإن قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهماً وهو اختيار أبي الحسن التيمي لأنه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم ماد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين كذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم وله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على إيهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول التيمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهماً لزمه عشرون درهماً لأنه أقل

﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة)

وهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالاجنبي وللشافعي قولان كالذهيين، وقال مالك يصح إذا لم يهتم ويبطل إن أتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يهتم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلّة منع الاقرار التهمة فاختص المتم بموضعها، ولنا أنه إيصال لئله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بنير رضى بقية ورثته كبرته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الاجنبي فإن جهته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أودونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه مالو كان عليه دين بينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بشئ مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما فزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما فزمه أحد وعشرون درهما لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجبر فزمه مائة لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزم بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي درهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف رجع في تفسيره إليه فإن قسمه بأجناس قبل منه) لأنه يحتمل ذلك (مسئلة) (وإن قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثلث أو فرس أو درهم أو ألف أو دينار أو ألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الألف إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربعن بأثمن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فيرجع

ثم أبناها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل لإقراره لما وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه مالو لم يبينها، وفارق ما إذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولأولاد له ثم ولد له ابن لم يصح لإقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح لإقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز لإقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز لإقراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه إذا أقر لغير

في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له، وان عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تسكت في تفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبنوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم يتم الدليل على انه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلثمائة وثلاثة عشر رجلاً، بحقيقته أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجوب حمل الامر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشراً فإنه امتنع أن تكون العشر أشهراً الوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد المؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة للكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفاً له إلى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر، فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد للمذكر

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقم باطلا لاقران. التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية قلنا عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي وبحته. ل أن لا يصح في حق الأجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة إن أقر لها بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وإن جردها صح له دون الوارث، ولنا أنه إقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو وجد الأجنبي الشركة، وبفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالإقرار بنسب مؤسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) (وإن قال له على ألف وخمسون درهما أو خمسون وألف درهم فالجميع درهم)

ويحتمل على قول التميمي أن يرجع في تفسير الألف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة وألف درهم والصحيح الأول فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً للجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال عنقرة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً للجميع ما قبله ولأنها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب جملة على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة؛ فعلى قول من لا يحمل الجمل من جنس المفسر لو قال بتك هذا مائة وخمسين درهماً أو بخمسة وعشرين درهماً لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وإن قال له على ألف درهم الاخيرين فالتسني دراهم لأن العرب لا تستتي في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهماً يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي)

لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيراً له فبقى على إبهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت بإقراره والقول قولها في نفي الوض وإن قال لعبدته اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبه الإقرار له بمال والاول أصح لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعنته في صحته وهو أقرب عصبته عتيق ولم يرثه لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بجزئته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فنصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الإقرار من المريض باحبال الامة لأنه يملك ذلك فلك الإقرار به وكذلك كل مامله ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه قوله حراً لاصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فإن فسر به غير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى أن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الاصح (فصل) وإن قال له تسعة وتسعون درهما فألجيع دراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك إن قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وإن قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع الى تفسير نصيب الشريك اليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى، (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا هنا.

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالتصف وليس اطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيتنا وإن قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وإن قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسر به أكثر منه قدراً قبل وإن قال أردت أكثر بقاء ونقماً لأن الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما إذا فسر به أكثر منه قدراً فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسير الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولو قال ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البيئة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تعتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعق الولد كان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وإن لم يتبين السبب فالامة مملوكة لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحمل أن تصير أم ولد لأن الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل .

(فصل في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لأن هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (أأستبرأ بكم قالوا بلى) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب وإن قال اقضني الف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الأكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منقعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيرها فلا يعمل على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه ديناً فقال لفلان علي أكثر مما لك ، وقال أردت التهزي ، لهما لزمه ويرجع

في تفسيره إليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به لفلان ويجب للمدعي حق لأن لفظة يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز أن يكون أراد حقه علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاه ، وان قال اشترع عدي هذا أو اعطني عدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق لإقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته ولنا أنه وصل لإقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف إن شئت أو إن شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لأنه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي الف إن شهد بها فلان وذلك لأن

(فصل) إذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتمتع حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعت عليه

(فصل) وإن قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وإن قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لا انتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم آمنوا الصيام إلى الليل) (والثاني) يلزمه ثمانية لأن الأول والماثل حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها .

(والثالث) يلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره ، وإن قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن يزيد أول البعد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسألة) (وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهمين أو درهم بل درهمان أو درهم بل درهم لزمه درهمان) إذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لأن هذا اللفظ يجري مجرى المطلق لكونه يقتضي ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الإقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رهوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صايئنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتين حمل الامر هنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً وان قال بمتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بمتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه إقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يشب للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدهرم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصاً، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

مسئلة (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان) وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيها اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى بوجهها كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو قسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صفار أو موجهة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بلثالث تأكيد الثاني ويانه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المفارقة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والإقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي القان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان تلي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وإن قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقته وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

(فصل) وإن قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وإن قال لا أنكر لم يكن اقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وإن قال لا أنكر أن تكون عفا لم يكن اقراراً لذلك وإن قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

إذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيد

(مسألة) (فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر ودأود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل وجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما ولما انه إنما نفي الاختصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

(مسألة) (وإن قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين) ذكرهما أبو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر ودأود لان ما بعد الاضراب يفاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرِب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لنفوا واضرا به غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقرأً لانه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بعلان دعواه وان قال لعل أو عسى لم يكن مقرأً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرأً لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح فقيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافاً لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز خطبة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بضه فكان مقرأً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملة من اقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك أن قال له درهم في ثوب وفنسه بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت. في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الالفاظ في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي ثمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقرأً بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقرأً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فيلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقرأً بها وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال النصب فصار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلاً

بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون أقراراً لا بضمير يعود إلى ما تقدم وإن قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف فقال أصحابنا الأول أقرار والثاني ليس بأقرار وهذا منصوص الشافعي لأنه في الأول بدأ بالأقرار والثاني ليس بأقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد الحل فلا يطل الأقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للأقرار ويصلح للوعد فلا يكون أقراراً مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيرهما سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل أن يكون التبدل للناسب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بخصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بخصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها (مسألة) (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقربهما)

لأن النص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجهين فيكون مقراً بالخاتم وحده، وإن قال فص في خاتم احتمل وجهين، فإن قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بخصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وكذلك إن قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا . (فصل) وإن قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ذكرناهما وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما إن قال له عندي دابة مسرجة أو دار مفروشة أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بخير خلاف لأن الباء تعلق الثاني بالأول

(مسألة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره إليه) لأن أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فإن قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

(مسئلة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الاتفاع بين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول عاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويعتصمون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا الواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراما يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود،

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولا نعلم ما جازت به الأعيان جازت به المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فإن العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق خلعها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعد رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول عاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الاتفاع بين من أعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى ويعتصمون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا الواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت به الأعيان جازت به المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر أهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق خلعها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما ذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون . ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يعدد روي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشمسي وعمر بن عبد العزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير الغسل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكيها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صنوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ما ذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، إلا أن تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتتعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرنك هذا ، أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحتك الاتقاع به أو خذ هذا فانفعم به أو يقول أعرنني هذا أو اعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشياء هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مستأنه ﴾ (وهي هبة منقعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينفع بها منقعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدرر والبيد والجواري والنواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والركاب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استأمر ادراعا وذكر اعارة دولها وخلقها وذكر ابن مسعود عارية اقتدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاشياء

فكان مضمونا كالنصاب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط في الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حفص السكري يسقط ، قال أبو الخطاب أوما إليه احمد وهو قول قتادة والسنبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والسنبري أنها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول أبي حنيفة **«لصفوان»** بل مارية مضمونة

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي **«صلى الله عليه وسلم»** اخبار بصفة المارية وحكمها ، وقارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينقذ موجبا للضمان مع الاذن فيه ، وإسقاط الضمان هربنا بقي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه . (فصل) وإذا انتفع بها ورد بها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها ، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالنصب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقטיפفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك ابا حنيفة اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها لينفقها فهو قرض وهذا قول اصحاب الرأي ، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون الدارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئا ولنا ان هذا معنى القرض فانفق القرض به كالموخر به . فأما منافع البضع فلا تستباح بالبدل ولا بالاباحة **«أما ما واما ما»** بأحدثين الزوجية وملك العين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضم لو ايجبت بالبدل والمارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفسها له والزاني مثلها **«مسئلة»** (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم تجز ماريته لذلك ولا تجوز اعارة الصيد لحرم لانه لا يجوز له اساكه

«مسئلة» (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرما)

ان كان يخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتبه مثلها وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما لعدم ذلك ، ولا تجوز اعارة الدين لتفح محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يصلي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد للزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يصورها ونحو ذلك لانه امانة على المحرم **«مسئلة»** (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامه فكراه استعارتها لذلك

وجبان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت منصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت الدين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالتنازع وبأنه لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت الدين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الاتناع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فتضمنها كما لو أجز العين المستعارة فإنه يضمن منافعها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تالتت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليابس فحبل فيه راباً فإنه يضمن نقصه ومنافه لأنه تلف بتعديده وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار نحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه. (فصل) فأما ولد المارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإجارة فلم يدخل

(مسألة) (وللمير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستتبر المستبر برجوعه)

بحوز المارية مطلقه ومؤقته لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقتة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن المير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بمقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ولنا أن المانع المستقبل لم يحصل في يده فلم يملكها بالإجارة كما لو لم تحصل العين في يده ولأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً فكما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فلم يوصى الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بمقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز المستبر الرد متى شاء بشر خلاف تعلمه لأنه إباحة فكان لمن أيسر له تركه كإباحة الطعام

(مسألة) (فإن أذن له في شغلها بشيء يستتبر المستبر برجوعه فيه لم يحز له الرجوع)

لما فيه من اضرار بالمستبر. مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه أو لوحاً يرقم به سفينة فرقمها به ولجج في البحر لم يحز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

(مسألة) (وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى ينال الميت)

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولد المنصوبة إذا كان منصوباً فلا أثر لكونه ولد أمها .

(فصل) ويجب ضمان الدين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضماناً بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء الثالثة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضماناً بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً (فصل) وان كانت الدين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق المادة .

ولنا أنه لم يرددها إلى مالكيها ولا نأثبه فيها فلم يرأ منها كولو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يطل بالسارق اذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها إلى من جرت عادته بحريان ذلك على يديه كزوجته المنصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب انه يرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المردع إلى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت ربما قاله ابن البناء (مسئلة) (وان اعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كتحجوز اعارة الارض للفراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبمده ما لم ين عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بني عليه لم يحجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا أدفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة (مسئلة) (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بني الحائط بالآلة أو غيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل الهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

(مسئلة) (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده) اذا أعاره أرضاً للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع لملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لانه وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لم يردده الى موضعه كالتصويب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في ائنان فأنشبه بالتصرف بالبيع وتعمد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أيجتلك الانتفاع به أو أخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطيه أركبه أو احمل عليه ويسلمه اليه وأشياء هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

(فصل) ويجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والمقار والسيد والجواري والدواب والثياب والحلي للباس والفحل للضراب والسكب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استأمر أدرعا، وذكر اعارة دلوها وفحلم، وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في معناها ولا نأجل لئلا يستغاث من المنافع ملك لإباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استئارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فان استأمرها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس بهذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً، ولنا أن هذا معنى القرض فانه قد القرض به كما لو صرخ به

(مسألة) (وإن أعارها للفراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لم يرد القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» حديث صحيح ولان العارية غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالزام الضرر الداخول عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً فاما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لم يرد له ما ذكرنا والام يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسألة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له الميعر النقص)

فاذا لم يشترط الميعر القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لم يرد له رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان احتار أخذ بنائه وغرسه فانه يملكه فلك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان الميعر رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلم غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

(مسألة) (فان أبنى القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له الميعر قيمة الفران والبناء لملكه أجبر المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أما أدفع قيمة الارض لتصير لي لم يلزم الميعر لان الفران والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الفران والبناء في البيع ولا يتبعهما وهذا كما قاله الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فراجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة العبد لحرم لانه لا يجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجليلة لرجل غير محرما ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يصلي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده لزمراً أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يصرها أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استمارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لأنها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجاهل إنما يؤثر في العقود اللازمة فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أيسح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويقفل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للفراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذا في الكثير وان استعارها للفراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف فان ضرر الفراس في باطن الارض لانتشار الروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في أحدهما اذا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والباقل والميس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يفره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يفره ممنوع فان الفراس والبناء يراد بالتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تغرس بعد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارث النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقلع) لان المارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم «ليس لمروق ظالم حق» مفهومه أن المروق الذي ليس بظالم له حق فيعد ذلك ان اتفاقا على البيع يمت الارض بفراسها وبنائها ودفع مالى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أيا البيع ترك بحاله) وقلنا لما انصرفا فلا حكم لهما عندنا

(مسئلة) (وللمعير انصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجهه أن المعير انصرف في أرضه ودخلها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالفراس والبناء ولا ينتفع بهما، وللمستعير الدخول للسقي والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجم في الاذن له

وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والسخن والظن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه ويمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فاقلمت لم يكن له غرس أخرى وكذلك إن أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوز.

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا تنم في هذا خلافاً، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يغيره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك إذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فذلك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما يسم ما يختص به مع انك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان للمير أخذه منه متى شاء بقيته قلنا عدم استقراره لا يمنع يمه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه اكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة تبيح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب النصب

(الجزء الخامس)

(٤٦)

(المغني والشرح الكبير)

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لا غير الثاني ودفع اليه المين على انه يستوفي منافعها بغير عوض وان تلفت المين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً او مدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون المين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منها على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كبائر المواوي ولا يعتبر الم بقدرة الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إيجارها جائزة والامارة أوسع لجوازها فيها لايجوز إيجارته كالسكب للصيد، فان استعارها الى موضع فجاوزته فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعزتها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول بقوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن المين على المدعى عليه»

(مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض فثبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ما له حصل في ملك غيره بغير اذنه فأشبهه مالو انتشرت اغصان شجرته في هواء ملك غيره

ولنا ان قلعه اتلاف للمال عنى مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا بدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه بقدر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا بامت دابته في أرض لإنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه

المارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو تور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لأن الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها مارية للجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كمارية الأرض للزرع ، ولا بصير المير ضامنا للدين وقال الشافعي في أحد قولي بصير ضامنا له في رقبة عبده لأن المارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاده ليعضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالمارية النفع المأذون فيه وما أعاده من النفع فهو للمالك العين، وإن عين المير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محل تعيين لأن المارية تعيين بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل خالفه فيه لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وإن أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وإن رهنه بأنقص منه جاز لأن من رضي بشئ رضي بما دونه عرفاً فأشبه من أمر بشيء بشئ فاشترى بدونه وللمير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لأن للمير الرجوع في المارية متى شاء وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز يمه في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن فإذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لأن المارية تضمن بقيمتها

بقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرباره وشغل للملك بغير اختياره فلم يجوز كما لو أراد إبقاء البهيمة في دار غيره عاملاً ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع للمالك البذر لأنه عين ماله ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته كزرع الناصب على ما ذكره والاول أولى لأنه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر اليه ، وإن أحب بالسكة قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

(مسئلة) (وإن حمل السيل نوى غرس رجل قنبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو ملك النوى) لأنه من ثمار ما سكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه هنا لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواه ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الناصب ؟ على وجهين (أحدهما) يكون كغرس الناصب لأنه حصل في ملك غيره بغير إذنه (الثاني) كغرس الشفيع لأنه حصل في ملك غيره بغير تفريط منه ولا عدوان .

(فصل) (وإن حمل السيل أرضاً بشجرها قنبت في أرض آخر كما كانت مهي للسكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجره ولا غيره لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة

وان تلف بغير تقربط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تمد، وان استعار عبداً من رجلين فرهته بمائة ثم قضى خمسين على أن يخرج حصّة أحدهما لم يخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعبئه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) ويجوز العارية مطلقاً ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعيير الرجوع في العارية أي وقت شاء . واه كانت مطلقاً أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة يشفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فلم يوصى بالرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فإنه يملك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعله لانه إباحة فكان لمن أيسح له تركه كإباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقفها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن فباعداد عمل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذته لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك واذنه فأشبه المستأجر لانه ملكه باذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الاذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للفراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يفرس ولم يبن وان استعارها للفرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك ان استعارها للزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك ان أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانتقلت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوز .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا يعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيها أذن له فيه (فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكة ، وله ذلك باذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقة عبده في أحد قوليه لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضامن

المعار أرضاً لم يكن له أن يفرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الناصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من تقع الأرض على وجه المدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

(فصل) فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثنائه ضرر بالمستعير لم يحجز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يحجز له الاضرار به مثل أن يعمره لوحاً يرفع به سفينته فرقمها به ولجج بها في البحر لم يحجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها قلة الرجوع ما لم يدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبة جاز كما تجوز إعاره الأرض للبناء والفراش وله الرجوع ما لم يضمه وبعد وضعه ما لم ين عليه لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يحجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك ارش ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن تهدم الحائط وزال الحشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك لإعادته سواء بنى الحائط

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كمائر الموارى وإما يستحق بالعارية التمتع المأذون فيه وما عداه من التمتع فهو لملك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط بقيضها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتمد) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، وقال الحسن وأصحابه والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير الغل ضمان » ولأنه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة ، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بن بل عارية مضمونة ، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع قومه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمنصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم برويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المتأخر والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بأنه أو غيرها لأن العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحسب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع لملكه لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لأن له وقتاً ينتهي إليه فإن كان مما يخصص قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلمه فإذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملكه فلا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لأن المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه ، وبجملته أن عليه تسوية الحفر لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعيرها ، وإن أبى القلع فبذل له المير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه المير أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير اضراء ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لأن الغراس تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لأن المير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العسكري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وبه قال قتادة والعنبري لأنه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض يبيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم أخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح فيه الأذن ويسقط حكمه إذا لا ينعقد موجباً للضمان مع الأذن فيه واسقاط الضمان هنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الأذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فإنه يضمها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمها بثمنها إن كانت مثلية .

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لأن مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد انزمت ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه نفي وغرس بأذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان التراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تفرس بمد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يقلع لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالبقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فمتد ذلك أن اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا ولم تساوي مغروسة ومبنية فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثلث والمستعير ثلثه وان امتنع عن البيع بقيا على حالهما والمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ عماره وسقيه وليس له دخولها للذئرج لانه قد رجح في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل النقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالك وما كان مضموناً لا يفتي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا يفتي مع وجوب سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدي فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه
(مسئلة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)

وجهة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمن جملته تضمن أجزاؤه كالمفصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمفصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارقاً ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة اكونها مأذونا في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشقولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منم من القلع لما فيه من الضرر في دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الاتفاق بتبرع عوض .

(فصل) وإذا استأر دابة ليركها جاز لان اجارته لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازاها فيما لا يجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استأرها إلى موضع فجأزه فقد تعدى وعليه الاجرة للريادة خاصة فاذا استأرها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كن استئار ثوبا ليلبسه فحمل فيه ثياباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعدي وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في احد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه (مسئلة) (وليس للمستعير أن يبيع) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة لينني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرّد قولاً لاحد ، وقال أصحاب الرأي اذا استأر ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعترتها إلى طبرية وقال المستعير أمرتها إلى القدس قال قول المالك وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير قال قول وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « إكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فللمالك أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على الميعر بما غرم لانه غرم بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على الميعر لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه ، قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن الميعر رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان التقص فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان قلنا هو على الميعر فهو كالاجر على ما بيناه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره قنبت فيها له يحجر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يحجر على ذلك اذا طال به رب الارض به لان ملكه حصل في ملك غيره بفراذه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرة في هوا ملك جاره . ولنا أن قلعه ائتلاف للمالك على ملكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يحجر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجه الا بفتح الباب أو قتلها فائتلاف لا يجبره على قتلها ، وبفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره

الانتفاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي المارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أيسح له أكل الطعام . من هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بخير إذنه والثاني استوفاه بخير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعتها بخير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد .

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤونة رد المارية)

لقول النبي ﷺ « المارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن ، ويجب ردها الى الميعر أو الوكيل في قبضها ويرأ بذلك من ضامها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يرأ من ضامها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد الماري في العادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة .

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تقريطه فأشبهه مالو بات دابته في أرض انسان بغير تقريطه وهذا بعيد لان الزامه ببقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع لإضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يحز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره علما ، وبفارق مبيتها لان ذلك لا يعبر المالك عليه ولا ينفع من اخراجها فانما تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الناصب على ما سذكركم لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه مال زرعه ماله ملكه والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر اليه ، وان أحب ماله قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما تنقصت الأرض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى قنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه فهو للمالك النوى لانه من ماء ملكه فهو كالزراع ويجبر على قلمه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكيها وان حمل السيل أرضاً بشجرها قنبت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكيها يجبر على ازلتها كذا ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الأرض المتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تقريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الأرض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلمه

ولنا انه لم يردّها الى مالكيها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر (مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطلح المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بحريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المنصرفه في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبهه مالو أذن فيه نطقاً

(فصل) ومن استمار شيئاً فاتفع به ثم ظهر مستحقاً قلما لك أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه وان ضمن المير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسذكركم في الغصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والهيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرتها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بتمكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل ، وان كان اختلفا فيها في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر قال الراكب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها اجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكى ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بتمكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر (مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل والاول أصح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير يمينه وانما يستحق بدل النفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وانما في القول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضي مدة لملها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب براءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لملها أجر و تلف البهيمة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين - واء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبته وقال الراكب بل أعرتها فان كان الاختلاف عقيب العقد والداية قاعة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المتأخر ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتي فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب براءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانساب من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها اجرة والبهيمة تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان كان الاختلاف بمد مضي مدة لئلا أحر
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول
قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من البد أنها بحق
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المتافع ملك للراكب
وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غصبها وقال الراكب
أجرتنيها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد
بقيت مدة لئلا أحر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الا يمين وجهها ، اخذاً
أكثر من أجرها فادعى المالك أنها غارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر وادعى الراكب
أنها مكثرة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب
أنها غارية فالقول قول المالك في الديمورين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال أجرتي أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الناصب)
اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف وأخذ المالك دابته وكذلك
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب انما رية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان
كان الاختلاف بمد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضاً
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المتافع ملك للراكب وهما
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبها وقال الراكب أجرتنها
فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها
وان كانت قد بقيت مدة لئلا أحر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه
الا باليمين وجهها واحدا والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن راض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن راض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والمغار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال يدلل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر ولنا أنها تضمن بالقيمة فصنعت بالغصب كالقن ولانها مملوكة أشبهت المديرية وفارقت الحرية قلنا ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المفصوب منه معلق بين ماله ومالته ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تمذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاءه وتفاوت صفاته كالجوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والغنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسمع والقياس طريقة الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ماعدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن الصبري يجب في كل شيء مثله لما روت جمرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت ضالماً مثل حفصة صنعت طعاماً فبثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام. رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن المقار بالنصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المتخصص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من الساء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب فان ألتفها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها النقل والتحويل فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في المقار

ولنا قوله عليه السلام «من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين» متفق على معناه وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فاجبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه ينصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في النصب كالمقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره هنا أن يجبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والمقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف.

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض لسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولا ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً ورد مثله ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب إليها فكانت أولى وأما الخبر فمحمول على أنه يجوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضي بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاءه وتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكل أو مشروب فجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فإنه قال في رواية حرب وأبراهيم بن هانئ ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزن إلا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

أذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذنه في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازعا في الدار ولا يثبت حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحره له ولأنه إنما يضمن بالنصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب إذا كان بغير إذن .

(مسئلة) (وإن غصب كلباً فيه قع أو خر ذمي لزمه ردها)

إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الاتفاع به واقتناؤه فأشبه المال ، وإن ألتفه لم يضره وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز وإن غصب خر ذمي لزمه ردها لأنه يقر على شربها فإن ألتفها لم يلزمه قيمتها سواء ألتفه مسلم أو ذمي وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحمر والخنزير إذا ألتفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه أن ماله كتب إليه : إن أهل الذمة يعمرون بالعشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر ولوم يحميها وخذوا منهم عشر ثمنها فإذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمفزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والذهب والرطب والكثير يضمن بقيمته وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا أن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلدان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وإن كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وإن كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لثلا يؤدي إلى الربا، وقال القاضي إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لأن ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب إرش كسره ويخالف البيع لأن الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الإتلاف ألا ترى أنها لا تقفد بالمقد وتنفرد بضمانها بالإتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور إذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي وهذا محمول على أنها تراضيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة فإن كانت محرمة كالإواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالعدومة .

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والحزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا حرمة لم تجب قيمته كالميتة ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كالميتة، ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي فإن نحرى ما ثبت في حقها وخطاب النواهي يتوجه إليها فثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ولا سلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عديم ينتقض بالبعد المرتد فانه مال عديم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقاوضوا حكمتا لهم بالملك ولم تقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمي الله تعالى من يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فإن غصب من مسلم خيراً حرم ردها ووجبت إراقتها لأن أبا طلحة حال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بأراقتها، وإن اتلفها أو تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولأن ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فإن تلفت ضمنها له لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، فإن أراقتها

(المفني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء الخامس)

(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة لارض وان كان شيئاً من الساء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كالأحوال بينه وبين مناعة تلف المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين مناعة فما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يجبس المالك ولا يستولي

فجميعها انسان فتخلت عنده رد الحل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان اتلفه او اتلف ميتة بجرحها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل يسه (مسئلة) (وان دبغه وقتلنا بطهارته يلزمه رده كالحجر اذا تحلل ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الاتفاح به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاح به في اليابسات لانه نجس يباح الاتفاح به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ

(مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيها ليس بمال كالحرقانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حرأ فأت عنده لم يضمن لانه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً فقيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير عمانية منه أشبه العبد الصغير فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليته؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته) لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ما تاف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كدم حيطانها وتريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو تقص يحصل بغيره أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل النصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو داره أذن له في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها ذلك فيصير غاصباً فإن النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تنازعا في الدار ولا يثبت لها حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحراء ولأنه إنما يضمن بالنصب ما يضمنه في العارية وهذا لا يثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب إذا كان بغير إذن (الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الناصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني النبي حديثي هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من

كمنافع العبد، وإن حبسه مدة لمثلها أجره ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ الموضع عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولائها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجبوا واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد يضمن منافعه فالحق أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما تثبت اليد عليه في النصب وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ويلزمه رد المنصوب إن قدر على رده وإن عرم عليه أضاف قيمته إذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاجباً جاداً من أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال التمس والفيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فزمنه إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشغل بغيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن عرم عليه أضاف قيمته لأنه جنى ببعيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الناصب خذ مني أجر رده وتبلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبائع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني يياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فنقض للرجل بارضه ونقض الآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤس وإنها لتخل عم (١) ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تقريره كما لو جعل فيه قناشا وإذا قلها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا وإن طلب أخذه بقيته وأبى مالك إلا القلع فله القلع لانه لملكه فذلك لقوله ولا يبيع على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يبيع عليها وإن اتفق على تمويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لأن الحق لها فجاز ما اتفقا عليه وإن وهب الناصب الفراس والبناء لملك الأرض ليتخلص من قلمه وقبله المالك جاز وإن أبى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يبيع على قبوله لما تقدم وإن لم يكن في قلمه غرض صحيح احتمل أن يبيع على قبوله لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لا يبيع لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لملك الأرض فإن طالبه المالك بقلمه وفي قلمه غرض اجبر على قلمه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض فأخذ باعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الفراس لما ذكرنا

إليه لم يملك الناصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أراه من دينه وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الناصب ذلك سواء كان أقرب إلى المكان الذي يلزمه رده إليه أولاً لانه معاوضة، وإن قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط خنطة بشعير أو سمسم أو صفار الحب بكباره أو زيبياً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده إذا بعده وإن أكن تميز بعضه وجب تميز ما أمكن منه وإن لم يمكن تميز شيء منه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلي) إذا غصب شيئاً فشفله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته لانه صار هالكاً فوجبت قيمته كما لو تلف، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن اتقضى البناء وقصص الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً للملك يستغنى بقلمه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً خاط به جرح عبده

ولنا أنه مفصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالأبعد المين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قتله لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تاف الآدمي ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلمه غرض لم يحير على قلمه لانه سغه فلا يحير على السفه وقيل يحير لان المالك محكم في ملكه والناصب غير محكم فان اراد الناصب قلمه ومنعه الحاكم لم يملك قلمه لان الجليم ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سغه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربيع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير اذنهم فله النقض» ولان ذلك معاوضة فلا يحير عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض وأحجارها فليس للناصب النقض على ما ذكرنا في الفرس

(فصل) وان غصب دارا فخصصها وزوقها وطالبه ربحها بازالتة وفي ازالته غرض لزمه ازالته وارش نقصها ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوجهه الناصب لا الكفا أجبر على قبوله لان ذلك صفة في الدار فاشبهه بقصارة الثوب ويحتمل أن لا يحير لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الناصب قلمه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكسشط فللناصب قلمه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان

﴿مسئلة﴾ (وان سمر بالمسامير بأباً لزمه قلمها وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان كان حصوله في الدار بغير تعريض من صاحب الدار نقض ابواب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تعريض من صاحب الدار ، وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضرراً من ذبح وأخرج لما لانه في معنى الخشبة ، وان كان حصوله في الدار بدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تمدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه ، ولو باع داراً فيها خوابي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان لإصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله ، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان يشتريه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة قابلتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها على ما ذكره ، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت الى مالكة وضمان الحيوان على الناصب الا ان يكون الحيوان آدمياً ويفارق الحيط فانه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلمه لانه عين ماله (والثاني) لا يملك لانه سفه بضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليركه

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشته ؟ يحتدل وجهين ، وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضر به لبناء رده ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه شيئاً له فيكون له أن يحمله ويأخذ بنبه وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله أجراً أو غاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لان ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك ان حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتليت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله فان كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لان التفريط من غيره فكان الضرر على المقرط .

(فصل) وان أدخلت رأسها في ققم ولم يمكن اخراجها الا بذبحها أو كسر الققم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وان كان كسر الققم أقل كسر، فان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان من صاحب الققم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر الققم لانه كسر لتخليص شاته واذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب الققم لانه لتخليص ماله فان قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر اما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب الققم لا يجبر على شيء لانه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لترجيحها من المذاب واما أن تعمر الققم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من المذاب فلزم كلفها، فان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير إذن وإن أراد الفاضل طمها فتمتع المالك نظراً فإن كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل رايها إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفرغه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وإن لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأه المنصوب منه مما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لأنه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لأنه أبرأ مما لم يجب بهد وهو أيضاً أبرأ من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا أبرأ مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالأبرأ ولكن منعه من طمها لأنه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) أن على الفاضل أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الفاضل أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الفاضل فعليه أجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لأنه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل أن يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لأن حرمة معارضة بجرمة مال الآدمي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة المال، وفي كسر القمقم مع كثر قيمته إضاعة المال .

(فصل) وإن غصب ديناراً فوقه في محبرته أو أخذ دينار غيره فسهى فوقه في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك أن كان درهماً أو أقل وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار أن أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً فوقه في محبرة آخر بفعل الفاضل أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الفاضل ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها وإن كان كسرها أكثر ضرراً من بقيته الواقع فيها ضمنه الفاضل ولم يكسر، وإن رمى إنسان ديناراً في محبرة غيره عدوياً فإلى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الفاضل نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الفاضل ويضمن الفاضل قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفراً لأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه .

(مسألة) (إن زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها)

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بقراب منها وآلات المنصوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وانما للغاصب فيها اثر القمل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً، وان غصب داراً فنقصها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقصها واجرها مهدومة من حين نقصها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقصها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقصها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناء الغاصب حكم ماله غصبها عرصة فبناها وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري او نقصها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الإعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص اتالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافاً لانه تمام ماله وعليه اجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما نذكره فيما إذا غرسها أو شى فيها

(مسئلة) (وان أدركها ربحها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بموضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربحها والزرع قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لمروق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظمناً أشبه الفرس

ولما ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على القلع لانه ملك للمنصوب منه ولانه أمكن رد المنصوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يحجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقم به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة اللوح عن

(الفصل الرابع) ان على الناصب ضمان نقص الأرض ان كان نقصها النقص او نقصت بغيره وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقرا كثوب تحرق وانه تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يرد لها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الناصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ ارشه وإن كان كثيرا فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية اتلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فألتف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها واخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي يبنى على ذلك لانه ألتف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم انه ألتف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو ألتف جميعها

اللتف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتناول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في النرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويسمى بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للناصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاما يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الناصب روايتان:

(أحدها) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو ألتفه ولان الزرع للناصب الى حين نزاعه منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك له ملكا له الا ان يوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشقوق، فعلى هذا يجب على الناصب أجر الأرض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الناصب ما أنفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرقى وظاهر الحديث لقوله (عليه نقته) وقيمة الشيء لا تسمى نقته له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة فحضنت بيضا له كان البهاء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نقته للآثر ولذلك جعلناه للناصب اذا أخذت منه الأرض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للناصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستبر

ولنا انها حنابة على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها حنابة تنقص بها القيمة فأشبهه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر .نقص القيمة في جميع الاعيان وهذا قال الشافعي وعن احد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن ربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقا عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقاً العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فاستمعت فيهما شيئاً ، قيل له فان كان بغيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احد انما اوجب مقدرا في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للآثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان اتى صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقدروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه بسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجم

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتمل ان حكمه حكم الفرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لـلـ زرع مثل حكم الفرس وانما ترك فيما قل مدته للآثر فقياً عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا ففرسها فأثمرت فأدر كها ربحا بعد اخذ الناصب ثمرتها فهي له فان ادر كها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها ماء اصل محكوم به للناصب فكان له كاعصائها وورقها ولبن الشاة ولسلها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادر كها في الفرس لان احد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا ففرسها فالتماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من انفقة ما انفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادر كها قننا فيها كالزرع قال شيخنا ولاول اصح لان احد قال صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيخص الحكم به ولا يمدى الى غيره، ولان الثمرة تقارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكان لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فأثمر لـلـ صاحب الشجر بغير خلاف فله لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقياً وبذله ان تقب وان كان رطباً فصار ثمرأ او غنياً فصار زيباً فله رده وارش نقصه ان نقص ولا شيء له بصله فيه ولا

وأما أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنفع به من وجبين كالدابة والبقر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروى عن أحد في البدأ أنه يضمن في النصب بما يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضعه نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لا بماض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المقوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كذبح الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فإن قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في الدين القائمة بخسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف القيمة كمين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمدول به عن القياس للحاق الجناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الأموال المنصوبة، وقول أبي حنيفة أن هذا في بهيمة الأنعام والدابة لا يصح لأن هذا القول مبنى على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعدل ركوب دون بهيمة الأنعام

أجرة عليه للشجر لأن أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولها أن ولدت عنه وضمان لبنها بمثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن إربارها وأشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد النصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

(مسألة) (وان غرس أو بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها) متى غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها وطلب صاحب الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الناصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن قنيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني ياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في أصولها بالفؤس وإنما لنخل عم ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في قلعه بغير إذنه فلزمه تقريره كما لو جعل فيه قاشاً ، وإذا قلنا لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان غصب عبد الخنثي عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارش النقص اودية ذلك المضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجداجمياً، فان غصب عبداً يساوي القاتل فزادت قيمته فصار يساوي القاتل ثم قطع يده فنقص القاتل منه الف وورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضبوطة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص القاتل وخمسائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف وورد العبد فحسب وإن نقص خمسائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسائة؟ على وجهين .

(فصل) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا ان ضمان النصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئاً، وإن احتار تضمين الناصب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية ضمنه لنصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض اخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً، وان طلب اخذه بقيمته وأبى مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكة فملك نقله ولا يحير على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يحير عليها وان اتفقا على تمويضه عنه - جاز لان الحق لما تجاوز ما اتفقا عليه، وان وهب الناصب الفراس والبناء للمالك الارض ليتخاض من قلمه فقبله للمالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يحير على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يحير على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يحير لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فترسه فيها فالكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلمه وله في قلمه غرض أجبر على قلمه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الفراس لانه نقص حصل في يد الناصب اشبه مالو غصب طيماً قتاف بعضه وان لم يكن في قلمه غرض صحيح لم يحير على قلمه لانه سقه فلا يحير عليه وقيل يحير لان المالك محكم في ملكه والناصب غير محكم فان اراد الناصب قلمه ومنعه المالك لم يملك قلمه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو منصبيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه إحد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الأموال .

ولنا أن المتلف البض فلا ينفق ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولأن المضمون هو المفقود فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة التلف لا في مقابلة الجلة ، فاما أن ذهب هذا الأعضاء بخير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن حتى العبد المنصوب جنابته مضمونة على الناصب لأنه نقص في العبد الجاني لكون أرواح الجنابة يتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر قصه وسواء في ذلك ما يوجب النقص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيده جنابته مضمونة على الناصب أيضاً لأنها من جملة جناباته فكان مضموناً على الناصب كالجنابة على الأجنبي .

(فصل) إذا نقصت عين المنصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءاً مقدراً البديل كعبد خصاء وزيت أغلاه وتقرر ضربه دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جيمه إلا أنه يخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح لأن النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في ربيع قوم بأثمهم فله القرعة ومن بنى بخير لأنهم فله النقص » ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأجبارها فليس للناصب النقص على ما ذكرنا في النرس

(فصل) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طالبه المالك وكان فيه غرض وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وإن منه المالك فرشه أو رده وطلب الناصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وإن أخذ تراب أرض فضربه لبناً رده ولا شيء له إلا أن يحصل فيه ثبناً له فله أن يحمله ويأخذ بثبته ، فإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وإن طالبه المالك بحمله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض فإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فإن جله أجراً أو غاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه لأنه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص البعد بقيمته ونقص الزيت والثقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان
 التناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجليخ (الثاني) أن لا يكون مقدراً مثل
 ان غصب عبداً ذا سمن مفراط تخف جسمه ولم تقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما
 أوجب في هذا ما ينقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى
 فان الذاهب مقدر البديل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البديل لكن الذاهب
 منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاء فذهبت مائته وانقصت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان
 (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار إنما أذهبت مائته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر
 قيمته فلم يجب ضمانها كسمن البعد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البديل فأشبهه
 الزيت اذا أغلاء وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل
 واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم
 فأغلاء فنقص ثلثه فنصار قيمة الباقي نصف درهم فليس عليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن
 كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تقص
 وان خصى البعد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه وهل يجب
 في النصير ما ينقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فضمن سمنه فنقصت به قيمته أو كان شاباً فنصار شيخاً أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالفرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الناصب
 ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كأناء تكمر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا
 شق لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه
 مع الارش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد ان شاء شق الثوب وان
 شاء مثله يعني واقه أعلم ان شاء أخذ ارض الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم ثمنه فكانت له
 المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها
 فيها كان الجاني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من
 قطع ذنب حمار القاضي بن بني على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في المادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة
 المقصودة من السلعة فلزمت قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً
 ولأنها جناية تنقص بها القيمة أشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار
 بالجاني عليه لا بفرض صاحبه لأنه ان لم يصلح لصاحبه صالح لغيره . وعليه أجر الارض منذ غصبها الى
 وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده لأنها

ناهداً فسقط ثدياها وجب أرش النقص لا نعلم فيه خلافاً، فإن كان البعد أمر دق ثبتت له قيمته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لأن القائم لا يقصد تصدداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه بكيفية الصور

(فصل) وإن نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساد أو عفن وخشي تلفه فليضمن ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن قصده وقال القاضي لا يلزمه بدله لأنه لا يلزم قدر نقصه وكلما نقص شيئاً ضمنه لأنه يستد إلى السبب الموجود في يد الناصب فكان كالوجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساد أو يأخذ أرش نقصه وقال أبو حنيفة يتخير بين إمساكه ولا شيء له أو تسليمه إلى الناصب ويأخذ من قيمته لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفراً جيداً بغير ردي وودرم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لأن البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العفن بسبب منه، ثم إن ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده البادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي إن شاء الله تعالى وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الناصب فعليه أجر الأرض دون بنائها لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وإن بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه أجرها مبنية لأن الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للناصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لأنه وقع عدواناً.

(فصل) وإن غصب داراً فنقصها ولم يبنيها فعليه أجر دار إلى حين نقصها وأجرها مهدومة من حين نقصها إلى حين ردها لأن البناء أنهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وإن نقصها ثم بناها بآلات من عنده فالحكم كذلك، وإن بناها بآلاتها أو آلة من ترابها أو ملك المنصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقصها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبمده لأن البناء للمالك، وخكمها في نقص بنائها الذي بناه الناصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وإن كان الناصب باعها فبناها المشتري أو نقصها ثم بناها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه. فإن رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الأعيان لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالموض فاستقر الضمان عليه، وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالأجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

(مسئلة) قال (واز كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الارض وعليه النفقة وان استحققت بعد أخذ الناصب الزرع فعليه أجرة الارض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الناصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الناصب الزرع فانه للناصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لانه جاء ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه ، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الناصب على قلمه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الناصب أجر الارض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الناصب على قلمه ، والحكم فيه كالنرس سواء لقولهم عليه السلام « ليس لمرق ظالم حق » ولانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه النراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بشير اخبرهم فليس له من الزرع شيء . وعليه نفقته روى أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على قلمه لانه ملك المنسوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما ثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحاً فرقم به سفينة لم يقطع حتى ترعى اذا كانت السفينة بخاف غرقها يقطع اللوح لم يقطع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تترق بقلعه لزمه قلمه ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الناصب لم يقطع كالخيط وان كان فيها مال للناصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوجهين والثاني يقطع في الحال لانه أمكن رد المنصوب فلزمه وان أفضى الى تلف مال الناصب كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه أمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً غلط به جرح حيوان وخيف عليه من قلمه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولاً للناصب قبل يلزمه رده ويذبح الحيوان على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخطئ به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والخنزير والكلب المقور فيجب رده لانه يتضمن قوت ذي حرمة أشبه مالو غلط به ثوباً (الثاني) أن يخطئ به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالآدمي فان خيف من نزع الحلاله أو أبطأ برؤيه فلا يجب لان الحيوان أكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « نأخذوا زرعكم وردوا عليه فقته » قال رافع فأخذنا زرعا ورددنا عليه فقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الناصب على قرب من الزمان فلم يحز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن التلف كذا هنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتناول ولا يعلم متى ينقطع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الفرس وحديثا في الزرع فيجمع بين الخديين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتقضي للمالك بترك الزرع للناصب وبأخذه من اجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجارا يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشقيم اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الناصب روايتان (احدهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كالوا تلفه ولأن الزرع للناصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا ولو لم يكن ملكا له لملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن يوضه فيجب ان يكون بقيمته كالوا اخذ الشقص المشفوع ويجب على الناصب اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي (الثالث) ان يحيط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الناصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر وان كان للناصب فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الناصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنفذ البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان الحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير ما كلفه ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يد لأكل من الحيوان كبهمة الانعام والدجاج وبين ما لا يد له كالحيل وما يقصد صونه من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فجري مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(مسئلة) (فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً مصوماً لان غير الآدمي لا حرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : كسر عظم الميت ككسره وهو حي » فعلى هذا يرد قيمته .

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الناسب ما اتفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه ثقته» وقيمة الشيء لا تسمى ثقته له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احدا انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة خفضت يضا له أو طعاما فعلفه دواب له كان الباء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه ثقته للأثر ولذلك جعلناه للناسب اذا استحققت الارض بعد اخذ الناسب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يتقوا اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطوبة والتمناع احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبهه الخنطة والشعر واحتمل ان يكون حكمه حكم الفرس لبقاء اصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الفرس ولأنما ترك فيها قتل مدته للأثر ففيها عداة يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضا فرسها فأثمرت فأدر كها رها بعد اخذ الناسب ثم رتها فهي له وان ادر كها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كالوكات في ارضه ولانها ماء اصل يحكم به للناسب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ولدعاء وقال القاضي هي للمالك الارض ان ادر كها في الفرس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحا فصاد او شبكة او شركا فامسك شيئا او فرسا فصاد عليه او او غنم فهو للمالك) كالو غصب عبدا فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للناسب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيما إذا غصب فرسا او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للناسب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للناسب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة مادة إلى المالك فلم يستحق عوضا على غيره كما لو زرع ارض انسان فأخذ المالك الزرع بثقلته والثاني عليه اجر المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالهو بمصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب أو كسب بالنسيء وفي وجوب اجرة العبد على الناسب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للناسب لان هذه آلة فهو كالجليل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب توبا فقصه أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضر به أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرض قصه)

ولاشيء له هنا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الناسب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد إذا غصب أرضاً فغرسها فأنما ملك الأرض قال القاضي وعليه من الثقة ما اتفق عليه الفارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الأرض إذا أدركها قائماً فيها كالزرع، والاول اصح لان احد قد صرح بأن اخذ زرع الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس وإنما صار إليه للآخر فيختص الحكم به ولا يمدى الى غيره ولأن الثمرة تقارق الزرع من وجهين (أحدهما) أن الزرع غاء الأرض فكان لصاحبها والثمر غاء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً فثمره فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف فعله لأنه غاء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر إن كان باقياً وإن كان تالفاً فله بدله وإن كان رطباً فصار ثمره أو عنباً فصار زبيباً فله رده وأرضه تقصه إن نقص وليس له شيء عمله فيه وليس للشجر أجرة لأن أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولأن تقع الشجرة زينة الثمر وأجراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها إن ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشمارها بمثله كالقطن

(فصل) وإذا غصب أرضاً فحسبها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل النصب فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يحز لغير مالكها دخولها لأن ملك مالكها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير إذنه كمالو كالت في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيبة فيها يملك لا يصيد فيها أحداً إلا بأذنهم وإن كانت حرة جاز

فيها كيف شاء. وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه قال محمد مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الألبان في دارهم فقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوها ولا يسفيها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الأسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المنسوب منه قائمة فلزم ردها إليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب القرعة دراهاً ولاه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كإرواه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لأنها حصلت بمنافعه والمنافع أجريت بحري الأعيان أشبهه ما لو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل

الدخول فيها ورعي حبشها قال أحمد لا بأس برعي الكلا في الأرض المنصوبة وذلك لأن الكلا لا يملك بملك الأرض، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له أخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم، ونقل المروزي عنه أكره المثنى على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لأن العبارة وضعت لمبور الماء لا للمثنى عليها يضر بها، وقال أحمد لا يدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بنذر أذنهم، وقال أحمد فيمن ابتاع طمناً من موضع نصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال: يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهى عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع العقود وقال لا يتناع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الإطاعة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الناصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والناصب الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطاً خوفاً

(١) بتشديد الباء

في ملك غيره بنذر أذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زينة فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأما بيع الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بحمله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بحمله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بحمله فيه أولى فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره ترد عليه فقته قلنا الزرع ملك للناصب لأنه عين ماله وبقوته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذ مالك الأرض احتسب بما اتفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المنصوب منه بنذر أذنه فكان لاغياً على اتنا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين وقال أبو بكر ملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الأول (فصل) فإن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها مما كان زرعاً إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كمنقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً لسجده أو ثوباً قصره لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بضه وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن سمر الدفوف بمساميره فله قلمه أو يضمن ما نقصت الدفوف، وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره

التبعة من الناصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبني الف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه وتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الناصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فلما لو كانت موجودة حال النصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طوبى برد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الناصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للناصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجوه وان استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فلاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء . منها فان غرم الناصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاخير الحال وان ضمن الاخير رجوع على الناصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه علما بالحال ، وإن ضمن الناصب رجوع على الاخير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاخير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع رابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين)

إذا طمها المالك بطمها لزمه لانه يضر بالأرض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وإن أراد الناصب طمها فتمسه المالك نظراً فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريقه فله ذلك لما فيه من الترض وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا تقع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نفرة فطمها دراهم ثم

النصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمنصوب منه فتكون مملوكة له أيضاً لأنها تابعة للعين ، فأما ان نصب العين سميعة أو ذات صناعة أو تلم القرآن ونحوه فهزلت ولست فنقصت قيمتها فليبه ضمان نقصها لا لعل فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال نصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كالأذهب عضواً من أعضائها (فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسنت فبلغت قيمتها الفاً ثم علمت صناعة فباعت الفين ثم هزلت وتسيت فمادت قيمتها الى مائة ردها وردنا وتسائة وان بلغت بالسمن الفاً ثم هزلت فبلغت مائة ثم علمت فبلغت الفاً ثم تسيت فمادت الى مائة ردها وردنا الفاً وتسائة لأنها نقصت بالهزال تسائة وبالنسيان تسائة، وان سمنت فبلغت الفاً ثم هزلت فمادت الى مائة ثم علمت فمادت الى الف ردها وتسائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا ينبغي ملك الانسان بملكه ، وانما اذا باعت بالسمن الفاً ثم هزلت فمادت الى مائة ثم سمنت فمادت الى الف ففيه وجهان (أحدهما) يرددها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا ينبغي بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فمادت الى مائة ضمن النقصين بألف وتسائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سميعة فلا شيء عليه لانه ماد ما ذهب فأشبهه ماله مرضت فنقصت ثم عوفيت أو تسيت صناعة ثم علمتها أو أبقي البعد ثم ماد ، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها فقرة وهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بدوه أيضاً إبراء من بحق غيره وهو الواقع فيها ولنا أن الضمان انما يلزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء عما يجب انما هو اسقاط التعدي برضاء به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يلفظ بالإبراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو يضا فصار فراخاً رده ولا شيء للناصب لانه عين مال المنصوب منه ويتخرج أن يملكه الناصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتصير في البيضة أعظم فانه استحالة بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضاً أن يكون شريكاً بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) (وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فما للمالك ولا شيء للناصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يرددها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للناصب فيما عمل وان غصب شاة فآثرا عليها فله قالود لصاحب الشاة لانه من ثمنها وان غصب فخلاً فآثرا على شاته قالود لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهى عن عصب الفحل ، وان نقصه الضراب ضمنه وان نقص المنصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقباً

الوجه اقبس لما ذكرنا من شواهد، فلي هذا لو سئمت بعد المزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزياتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمها جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم تسيت ثم تلت ما تسيت فعادت القيمة الاولى لم يضم النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تلت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاو اولى .

(فصل) وان مرض المصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمت ستمناً نقصها ثم خف ستمها فماد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب ، لانه قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضم شيئاً فان رد المصوب ناقصاً بمرض او عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المصوب وكذلك إن اخذ المصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل أخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك .

(فصل) زوائد النصب في يد الناصب مضمونة ضمان النصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في البعد رواية أخرى أنه يضم بما يضم به في الخلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لا بباض البعد فكان مقدراً من قيمته كارش الجنابة

ولنا أنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب بحققة أن التقص بالضمان جرح المالك بإيجاب قدر المقتوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولا ملوقات الجميع لو جبت قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة . كثير الحيوان وضمان الجنابة على أطراف البعد معدول به عن القياس للحاق بالجنابة على الحر والواجب هنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المصوبة على أن في الجنابة على البعد رواية أنه يضم بما نقص فتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمه بأكثر الامرئين منها لان سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق بما لا مقدور فيه كنقصه لكبر او مرض أو شحة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا يضم فيه خلافاً فان كان البعد أمرود قتلت لحيشه فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الثابت لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة الحربية ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه بكيفية الصور

وخرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الناصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيستمر من ادائها لأنها غير مفصولة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه أنبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا أنه مال المنصوب منه حصل في يده بالنصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه باسالك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محذور.

(فصل) وليس على الناصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء وجكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن. ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا يجب ويخالف السمن فإنه من عين المنصوب والمال بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وأما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولأن الناصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فإنها منصوبة وقد ذهبت

(مسألة) (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الأمرين)

وهجة ذلك أنه إذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وإن قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أودية ذلك المصو لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فإن الجناية واليد وجدوا جميعاً فلو غصب وقيمت ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص الفأ لزمه ألف ورد البعد لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضمونة ويد البعد كنصفه فكانه يقطع يده فوث نصفه وإن نقص الفأ وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد البعد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ويرد البعد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد البعد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

(مسألة) (وان جنى عليه غير الناصب فله تضمين الناصب أكثر الأمرين ويرجم الناصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الناصب ما بقي من النقص) إذا غصب عبداً فقطعه آخر يده فلذلك تضمين من شاء. منها لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وارش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة الناقص وارش النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة الناقص لا غير وإن كانا باقين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجه خف ومصرعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة الناقص وارش نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة الناقص، مرد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص بتغير الاسرار ، والصحيح الأول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المصوب عين ولا معنى وهنا فوت معنى وهو إمكان الاتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كالوفوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصارت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في القيمة خمسة فلا يتبر ذلك ببلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة

في يده فإن ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه وبضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وإن قلنا ضمان الناصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئاً وإن اختلفا تضمن الناصب وقلنا إن ضمان الناصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وإن قلنا إن ضمان الناصب بما نقص قلب العبد تضمنه بأكثر الأمرين لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لأنها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسألة) (وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته)

إذا غصب عبداً فقطع خصيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة بخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولأن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولأن المضمون الناقص فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابعه ، وبهذا يفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بفناء الثياب ولا تقص برخصها (فصل) وان غصب ثوبا أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما ما لا اجر وارش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففیه وجهان (أحدهما) يضمهما معاً (والثاني) يجب أكثر الأمرين من الاجر وارش النقص لان ما نقص من الأجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما يفرد بالأيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تعجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الأجزاء ولذلك يجب الإجر وإن لم تفت الأجزاء وإن لم يكن للمنصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الناصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه ف تلف عند المشتري فله ان يضمن من شاء منها فان ضمن الناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين

التلف لا في مقابلة الجلة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضي ذكرهما، وعن أحد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربيع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربيع القيمة وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فان كان بغير أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احدى انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة للأثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها مزلة الآدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في ردوس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلم عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالذابة والبعر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كباثر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه وأما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

نصبه الى يوم تالف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الناصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقى على الناصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا نصب حنطة فطعمها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدًا فعمله سكاكين أو أواني أو خشبة فتجرها بابا أو تابوتاً أو ثوباً فطعمه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارثه نقصه ان نقص ولا شيء للناصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها يقطع حق صاحبها عنها إلا أن الناصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكمها ولا يسبغها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بنير حق» فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراننا ونحن نرضيهم من عنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الامرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردها عليهم. ولنا أن عين المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كالأودج الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن احمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كالأولم تنقص ولا سلم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلائذ وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولانه لا حق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في الدين وهي باقية كما كانت ولان الناصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فانها منصوبة وقد ذهبت (مسئلة) (وان نقصت القيمة لمرض او غيره ثم عادت برثه لم يلزمه شيء الا رده) إذا مرض المنصوب ثم برى أو أويضت عينه ثم زال ياضها أو غصب جارية حسنة فسمت سمنًا فنقص ثم خف سمنها فمادحسنتها وقيمتها ردها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يده، وكذلك لو حلت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض او عيب او سمن مفراطاً وحل فعليه أرش نفسه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه رد ما أخذ لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك (مسئلة) (وإن زادت القيمة لسمن او غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزال الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل له إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بعماله سواء زادت العين أو لم يزد وهذا مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب أن الناصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمناقمه ومناقمه أجزيت بحري الاعيان فأشبهه ماله غصب ثوباً قصفه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زبناً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه وسائر عمل الناصب، فلما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلا أن لا يزول ملك غيره بعماله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصب لأنه عين ماله ونفقته عليه يرداد به قيمته فإذا أخذ المالك الأرض احتسب له ما اتفق على ملكه وفي مستثنائه في ملك المنصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين فاما أن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن يمر الرفوف بمسامير من

الناصب لسنن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمانة وقيمتها مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده ويأخذ من الناصب مائة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يرد لها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنفق سرها، وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية أن المنصوب إذا زادت قيمته بسنن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بعينه

ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المنصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوب ببرد العين وهي موجودة فلم يرد لها، وأجربناها هي والتعليم بحري السنن الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين، وأجربنا الزيادة الحادثة في يد الناصب بحري الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة في عين المملوكة للمنصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما أن غصب العين سدينة أو ذات صناعة فهزلت أو نسبت فنقصت قيمتها فليضمنه ضمان قصصها لا لعل فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو ذهب بعض أعضائها

(فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسمت قبلت قيمتها ألفاً ثم تلمت صناعة قبلت الفين ثم هزلت ونسبت

عنده فله قلمها ويضمن ما تنقصت الرغوف وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للناصب فوهبها للمالك قبل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجوبه ، وإن استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه قالوا جبر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن المالك أن يضمن النقص من شاء منها فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارث نقصها ويقرم من شاء منها فإن غرم الناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الناصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها منصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه طالما بالحال وإن ضمن الناصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استأجر من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وإن غصب جباراً فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو يضا فحضره ففقدناه فخرأ فهو للمنصوب منه لأنه عين ماله نعى فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الناصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم للكها ولا شيء للناصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للناصب فيما عمل ، وإن غصب شاة فأزى عليها فخلفها فالولد لصاحب الشاة لأنه من عائتها وإن غصب فخلفاً فأزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجره له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب الفحل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

فمادت إلى مائة ردها ورد اتفاقاً وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمنت قبلت الفأثم هزلت فمادت إلى مائة ثم تملكت فمادت إلى ألف ودها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمت قبلت الفأثم هزلت فمادت إلى مائة ثم سمنت فمادت إلى ألف فقيه وجهان) (أحدهما) يرد لها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى ، فعلى هذا أن هزلت مرة ثانية فمادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها مئتين فلا شيء عليه لأن ما ذهب ماد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فمادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تملتها أو أبق عبد ثم ماد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقبح لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزادتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً ، فأما أن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تملكت ما نسيت فمادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لا آخر فلم يتميزا صارا شريكين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثاتها لما وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بينهما فأشبهه مالهو تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التعدي لم يذهب بماله فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .
(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحاً كالقهد والبازي فصاد به فالهيد للمالك لانه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ومحتل أنه للغاصب لانه المائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح ، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبهه نماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافع ومنافعه في هذه المدة مائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كالأرض زرعت أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بثمنه والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبه مالهو لم يصد شيئاً

عاد ما ذهب ، وان تلمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كود السن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى في ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والأول أولى

(مسألة) (وان كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها
(مسألة) (وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم تنقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء

(فصل) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يحل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدار البدل كبد خصاء وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدور فلزم ما يقدر به كالأذهب الكحل (الثاني) أن لا يكون مقدراً كزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدراً البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كمصير أغلاه فذهبت مائته وانقصت اجزائه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائته التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حللته وتكثر قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدار البدل فأشبه الزيت اذا أغلاه . وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منهما مضموناً منفرداً فكذلك اذا اجتمعا

(مسئلة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها به ما واولادها

ومهر مثلها)

وجهة ذلك أن الناصب إذا وطئ الجارية المنصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك بين فان كان طامعا بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكروهة أو مطاوعة وقال الشافعي لامهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي . ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع اكرامها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافها والخبر محمول على الحرية، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تقوية البكارة، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من ثمنائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا فان وضعت حيا وجب رده معها وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه الناصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بمشتر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وإن

(١) من هنا الى قوله وإن وضعت حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وإن كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وإن خشي العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وإن نقص المنصوب نقصا غير مستقر كحذو ابلت وعقت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الناصب فكان كالوجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادها ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الناصب ويأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قتيلا جديرا بغير ردي

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وانق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفتن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لأنه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون الفتن بسبب منه ثم إن ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح

وضعه خياحصل مضموناً في يد الناصب كالأَم فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وإن نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم يجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها

ولنا أن ولدها ملك للمنصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية الناصب كالتقص الحاصل بغير الولادة، وإن ضرب الناصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وإن ضرب بطنها اجني فقيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيها شاء فإن ضمن الناصب رجم على الضارب وإن ضمن الضارب لم يرجع على أحد لأن الاتفاق وجد منه فاستقر الضمان عليه، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكرتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثله، وسواء في هذه الأحكام كلها حالة الإكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحلد عليها والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالة بالتحريم فعليها الحلد إذا كانت من أهله والأثم والأفلا

(فصل) وإن كان الناصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدور بالشبهات وعليه المهر وأرض البكارة، وإن حملت فالولد حر لاعتقاده أنها مملوكة ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعت ميتاً لم يضمه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحمل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل

لأن الطامع عين ماله وليس يدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وإن جنى المنصوب فعليه أرض جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

إذا جنى العبد المنصوب جنايته مضمونة على الناصب لأنه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك إن جنى على سيده لأنها من جملة جناياته فكان مضموناً كالجناية على الاجني

(فصل) ويضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو أرض جنايته كما يفديه سيده، وإن جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون أرض اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وإن عني عنه على مال تعلق أرض اليد برقبته وعلى الناصب أقل الأمرين من قيمته أو أرض اليد، فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الناصب قيمته يدفعها إلى سيده فإذا أخذها تعلق أرض الجناية بها لأنها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت بيده كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجم المالك على الناصب بقيمته مرة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد وديعة لجنى جنايته استقرت قيمته ثم إن المودع قتلته بسدها

الحيلولة وان وضعت حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حلاً فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد اوامة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعت حياً قومناه مملوكاً، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه يحكم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب للسيد عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل اتلف في يديه، والحكم في المهر والارض والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا طالين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) قال (وان كان الناصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الناصب) وحجة ذلك أن الناصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجنابة فاذا أخذها ولي الجنابة لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جنابة تستغرق قيمته بيع في الجنائين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذته الثاني منها لان الجنابة كانت في يده وكان للعجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذته العجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب بنصف القيمة لانه ضامن للجنابة الثانية ويكون للعجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنائه على الناصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الناصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدراً
(مسئلة) (ويضمن زوائد الفص كالولد والثرمة اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولده الحيوان)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الفص الا أن يطالب بها فيمنع من أداؤها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم، بنبوت يده على هذه الزوائد وانبات يده على الام محظور لا يصح لانه باسالك الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان النصب في الظاهر يتناول مدته فلو لم يصح تصرف الناصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في ووطء المشتري كالحكم في ووطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجاهالة قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها والمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه ووطء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه قالوا حر لا اعتقاده انه بطلان ملكه فخرج ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤه لانه فوت وقهم على سيدم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلمهم لأنهم كانوا في حال الطلق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لا أبي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلمهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوبة لا يضمه عند إلا بالنسب وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) (فان خلط المنسوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط حنطة أو زيتاً بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المنسوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أو دنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنسوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا نص على ان يكون شريكه اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنسبها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه يجب قيمته لانه عندم ليس بمثل وقيل القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الناصب لانه تمنع عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبطل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنها شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أتم إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المنسوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب

تقويعه واختلف أصحابنا فيما يقدم به فنقل الحرقى هنا أن يقدم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثة وقد نص عليه أحمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يقدم بمثلهم في القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقدم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح أن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولأنه لو أتلغه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الحرقى رجم بذلك كله على الناصب يعني بالهر وما قدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فأما الجارية إذا ردها لم يرجع بدلها لأنها ملك المنصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لملها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكرأ فعليه ارش بكارتها وإن نقصها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان محب على المشتري فله منصوب منه أن يرجع به على من شاء منها لأن يد الناصب سبب يد المشتري، وما وجب على الناصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الناصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الناصب ظهرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير منصوبة لم يرجع بشيء لأن موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كعض الثرماء لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان ثالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب. أما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متبراً فلزمه مثله كما لو أتلغه.

(فصل) إلا أنه إذا خلطه بغير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه فزعمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وإن خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الزمة فلم يجبر على عين ماله، وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الحيد لم يجز لأنه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الناصب بدفع أكثر من حقه من الحيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد، وإن خلطه بغير جنسه فراضياً على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها

(فصل) وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أولبن شابه ماء فإن أمكن تحليله خلصه وردده

من غير تقرر، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمته - ا إن تلفت في يده وارش بكارها وبذل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته ائلاف وأما الشرع أتلفه بحكم بيع الفاصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الفاصب ؟ فيه روايتان (احدهما) يرجع به وهو قول الحزقي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بنير عوض فاذا غرم عوضه رجح به كبذل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبذل أجزائها وهذا القول الثاني لشافعي وان رجح بذلك كله على الفاصب . فكل مالو رجح به على المشتري لا يرجع به على الفاصب اذا رجح به على الفاصب رجح به الفاصب على المشتري ، وكل مالو رجح به على المشتري رجح به المشتري على الفاصب إذا غرمه الفاصب لم يرجع به على المشتري ، وفي ردّها حاملاً فمات من الوضع قلّم مضمونة على الواطية لأن التلق بسبب من جهته .

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانه معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فإن كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدتها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالمالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الفاصب ذلك لانه سبيه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسألة) (وان غصب ثوباً فصبته أو سويقاً قلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الفاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الفاصب النقص)

لانه بتعبه الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل .
(مسألة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شربكان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لما جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين
(مسألة) (وإن زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساويا في الزيادة في السوق تساوا صاحباهما وان زاد أحدهما ثمانية والاخر اثنين فهي بينهما كذلك ، وان زاد ابا العمل فالزيادة بينهما لان عمل الفاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب المنصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الفاصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طأعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطئ من أهل الضمان في وقتها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو انلاف جزء منها، وروي عن احمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبركر ويجب ارض البكره مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر انماصب المنصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع ولما كانه تضمين ايها شاء أجر مثلها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه ضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الفاصب رجع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما كانها تبرم من شاء منها قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على انماصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالنصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الفاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر طالماً بالنصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الفاصب النقص) اذا أراد الناصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالتوب أو لم يضر ويضمن نقص التوب ان نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفيه وظاهر كلام الحرقى أنه لا يملك قلعه اذا تضرر به التوب لانه قال في المشتري اذا بئى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراً بالتوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل ويحصل به قلع المروق من الأرض وان احتار المنصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الفاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فارمه تخليصه وان استضر الفاصب كقطع الشجر وعلى الفاصب ضمان نقص التوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الأرض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدون البيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الأرض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كلمة، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للناصب دون صاحب الدار وهذا فاسد لان الاجر عوض المتاع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كموض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المنسوب أو وكل رجلاً في يمه ودفعه إليه فتألف في يده فللمالك تضمين أيها شاء أما الناصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لاثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الناصب وكانا غير ملين بالنصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمها رجلاً على الناصب بما غرم من القيمة والاجر لأنها دخلت على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ولم يحصل لها بدل عما ضنا وإن علم أنها منصوبة استقر الضمان لان التلق حصل تحت أيديهما من غير تقريرهما فاستقر الضمان عليهما فإن غرم شيئاً لم يرجع به وإن غرم الناصب رجم عليها لان التلق حصل في أيديهما، وإن جرحها الناصب ثم أودعها أو ردها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الناصب بكل حال لانه هو المتألف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالأتلاف في يده

(فصل) وإن أمار العين المنصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيها شاء أجزاها وقيمتها فإن غرم المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على أحد وإن غرم الناصب رجم على المستعير وإن لم يكن علم بالنصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها وأصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يشتر عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجرة في الارض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للناصب ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقامه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الناصب ولانه أمر رقع به الزرع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الناصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفرس قيمة الارض لملكها في هذه المواضع

(مسئلة) (وإن وهب الناصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه وهذا ظاهر كلام الحرقي لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فصبقته فبذلت له نصفه مضبوغة لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الفراس، وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى الناصب فله يمه لانه ملكه فلا يملك الناصب منه من يبيع ملكه بدوانه وإن أراد الناصب يمه لم يجبر المالك

الاجرة فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المنفعة له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن إلا كثر فينبغي أن يرجع بما بين البيتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الناصب قلل مالك أن يضمنه أيضاً لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الناصب أن حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المصوب لالم بالنصب استقر الضمان على المتهب فيها غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يضره أحد وكذلك آخر مدة مقامه في يديه وارش نقص أن حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيها شاء فإن ضمن المتهب يرجع على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الناصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (أحدهما) بطلانها

على يده لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بمداوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب إلى من صبغه .

(مسئلة) (وان غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زياً فلت به سويقاً احتل أن يكون كذلك كما اذا غصب ثوباً فصبغه حككه كحككه اذا كان الثوب والسويق للناصب لأنه خلط المصوب بماله ويحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله ان كان مثلياً لان المصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء في زيادته) اذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للناصب شيء في الزيادة لأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين وإن نقص لزمه ضمان النقص لأنه بتدبيره إلا أن ينقص لتغير الاسمار

(فصل) (وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فان كانت القيمتان بمالهما فما شريكاً بقدر ما لهما وان زادت فالزيادة لهما وان قصت بالصبغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع بها على الناصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الناصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلله أو أراد

(والثانية) صحتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الناصب الحكيمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك فأما ما احتار المالك بإبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يطلونها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والمعرض بهائمه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) وإذا غصب أماناً فأنجز بها أو عروضاً فباعها وأنجز بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشترى في ذمته ثم تقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للناصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قولي له لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لأنه ناء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الناصب لأنه نقص - صل في المنصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح له، ما ذكرنا وليس على أنالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الناصب فإن

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الناصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيها إذا غصب سويقاً فقلته زيتاً أو عملاً ونشأ فنقده حلوا حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه (فصل) (وإن وطئ الجارية فمليه الحد والمهر وأرض البكارة) إذا غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا إن كان عالماً بالتحريم وعليه مهر مثلاً مكرهه كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي :

ولنا إن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق للسيد يجب مع الإكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافقها والخبر محمول على الحرية، ويجب أرض بكارها لأنها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأنه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يضمنه من تفويت البكارة ووجه الأول أن كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها وإذا أنفصها بأصبه وجب أرض بكارها فكذلك وجب أن يضمنها إذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لأنه لم ينقصاً ولم يؤلمها أشبه ما لو قبلها والأول أولى (مسئلة) (وإن ولدت قالوله رقيق للسيد لأنه من ثمنها وأجزائها ولا يلحق نسبها بالوطئ لأنه من زنا وإن وضته حياً وجب رده معها كزوائد النصب وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لأنها لا تعلم

كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لانه متمتع بالعمل ولم يفره أحد وإن لم يعلم بالنصب فعلى الفاضل أجر مثله لانه استعمله عملاً بموضوع لم يحصل له فليزمه أجره كالمقد الفاسد .

(مسألة) قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الدابة القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يجز عن رده كمبد أبق أو دابة شردت قلل المنصوب منه المطالبة ببذله فإذا أخذه ملكه ولم يملك الفاضل العين المنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردّها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصور ملكاً للفاضل لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على البدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فقله كما لو خلط زيتاً بزيتاً

ولنا أن المنصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مذبراً وليس هذا جماً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المنصوب إليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمنه الفاضل إذا تلف في يده كأجرة الارض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمنه بشرط قيمة أنه لانه الذي يضمنه به في الجناية وان وضعه حياً ثم مات ضمنه بقيمته

(مسألة) (ويضمن نقص الولادة ولا ينجر بزادها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة ينجر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك المنصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بجناية الفاضل كالتقص الحاصل بشرط الولادة وان ضرب الفاضل بطنها قالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجني فيه مثل ذلك والمالك تضمين أيها شاء ويستقر الضمان على المضارب لان الاتلاف وجد منه ، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكاريتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، ولا فرق في هذه الاحوال بين الكراهة والمطوعة لانها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فاما حقوق الله تعالى من الحد والتزويج فان كانت مطوعة طالة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الفاضل جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عمه بالاسلام أو ناشئاً بادية بيده بخفي (المعنى والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الخامس)

الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً . اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونعماء المنقضى والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع بدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الناصب لانه أخذه بالحيولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بينه وردد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بسبب وان كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خيراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمنها فانه يرد ما وارث قصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كالمو غصبه فنصبه منه ناصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً ، وأما السمن الاول قلنا فيه منع وان سلمناه قائلاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فأخذها ثم بان أنها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تندرباً بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لا اعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضعت ميتاً لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل الحيولة وان وضعت حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيولة بينه وبين سيده ، وان ضرب الناصب بطنها فألفت جنيهاً ميتاً فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث انضارب منها شيئاً لانه ألقف جنيهاً حرّاً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لا يقبض بالضرب بنسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعت حياً قومناه بملوكاء وان ضربه أجني فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب عشر قيمة أمه لانه يضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر والارث والاجر وقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا طليين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ ككلاية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لما لم بالنصب فوطئها فللمالك تضمين أيما شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولها ان تلف فان ضمن الناصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(المشترى والشرح الكبير) وجوب قيمة الولد إذا غصب أمه حاملاً فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها ٤١٨

(فصل) وإذا غصب شيئاً يولد فلقية يولد آخر فطالبه به نظرت فإن كان آمناً لزمه دفعها إليه لأن الأمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وإن كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الناصب أكثر لزمه أداء مثله لأنه لا ضرر عليه وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده، ولا رد مثله لانتفاء تكلفه مؤونة النقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الحيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لأنه تضرر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المنصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا .

(مسئلة) قال (ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر مما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها قالوا مضمون وكذلك لو غصب حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الناصب في العين المضمونة فاسد لأنه تصرف في مال الغير بغير إذن موافقه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى، فإذا باع الجارية المنصوبة أو وهبها لغيره لم يملك فوطئها فلذلك تضمن الناصب لأنه السبب في إيصالها إلى المشتري وله تضمين المشتري والمترب لأنه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لأن كل واحد منهما غاصب لأن الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولأن كل واحد منهما يلزم ردها إذا كانت في يده لأن يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ويلزم المشتري كل ما يلزم الناصب من النقص والمهر وغيره لأنه غاصب وقد ذكرنا دليلاً في المسئلة قبلها إلا أن المالك إن ضمن الناصب رجع على المشتري والمترب ولا يرجع الآخر على الناصب بما ضمنه لأنه المتلف فاستقر الضمان عليه .

(مسئلة) (وإن لم يملك بالغصب فضمنها رجاء على الناصب) إذا باع الناصب الجارية فيعده قاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريق على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجمالة قبل منه بخلاف الناصب فإنه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها والمالك مطالبة أيها شاه بردها لأن الناصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة وماك لا يجب ضمان الولد في صورتين لأنه ليس بمنصوب اذ النصب قبل عطفه ولم يوجد
 قان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من قبله لأنه أنبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه

ولنا أن ما ضمن خارج الوفاء ضمن ما فيه كالدره في الصافه والجوز واللوز ولأنه منصوب فيضمن
 كالأم قان الولد إما ان يكون مودوعاً في الام كالدره في الحقة وأما ان يكون كأجزاء وفي كلا
 الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف قان اسقطته ميتاً
 لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته ولا يمكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق
 الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المنصوب وقيمة التالف قان كانت قيمة التالف لا
 تختلف من حين النصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظراً فان كان اختلافها لمنى فيه من
 كبر وصغر ومن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتقص
 فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مفصولة في الحال التي زادت فيها والزيادة لملكها مضمونة على
 الناصب على ما قررناه فيها معنى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها
 زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم قصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت
 زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند
 تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بمحمد الله
 ويلزم المشتري المهر لأنه وطيه جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالنصيب
 ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتفاق لا يندر فيه بالجهل والنسيان

(مسئلة) (وان ولدت منه قال ولد حر) لأنه اعتقد أنه بطلاً يملكه فتع ذلك انخلاق الولد رقيقاً
 ويلحقه النسب وعليه فداؤه لأنه فوت رقبته على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب
 وعليه الاصحاب، وقد قل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لانهم
 كانوا في حال العلق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لا يبي عبد الله أول والذي
 أذهب اليه أنه يقدّمهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويقدمهم
 يدهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوب لا يضمنه
 عنده إلا بالنقص وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيها معنى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم
 يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه

(مسئلة) (ويقدّمه بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الحر في لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيته
 وقال أبو بكر يقدمهم بمنهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقدمهم بقيتهم حكاهما أبو الخطاب
 وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تضردها ضمنها كقيمة يوم التلف وانما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفرق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم تلف رواء الجماعة عن أحمد، وعنه انها تضمن بقيمتها يوم النصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان امساك المنصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم النصب فقال الحلالين أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المنصوب من المثليات فتأف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا

(مسئلة) (ورجع بذلك على الناصب) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع يدها لانها ملك المنصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

(مسئلة) (وان تلفت فعليه قيمتها لا الكفا كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الناصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الناصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الناصب كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الناصب لانه دخل مع الناصب على أن يسلم له العين فيبني أن يرجع بما غرم من قيمتها على الناصب كقيمة الاولاد

(مسئلة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرض البكارة لا يرجع به) وجهة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فأراد المشتري الرجوع على الناصب فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرض بكارتها، وفيه رواية أخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الناصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي يجب قيمته يوم الحاجة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ انه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة الحاكمة، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء لا استحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السمر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما ثبت قيمته في الذمة يوم تلقه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتمذر رده فأوجبنا رديته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين العسر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل نعمه في القدر على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته ائلاف وإنما الشرع ألتفه بحكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلاف فيه وهو مهر مثلها وأجر نعمها وفيه روايتان (أحدهما) يرجع به وهو قول الحرق لانه دخل القدر على ان يتلقه بنير عوض فاذا غرمه رجح به كبدل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) (فان ضمن الناصب رجح على المشتري بما لا يرجح به عليه كما لو رجح به على المشتري لا يرجع به المشتري على الناصب) اذا رجح به المالك على الناصب يرجع الناصب به على المشتري وكل مالو رجح به على المشتري رجح به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجح به على المشتري لان الضمان استقر على الناصب فان ردها حاملا فانت من الوضع فهي مضمونة على الواطي، لان التاق بسبب من جهته (مسئلة) (فان ولدت من زوج فانت الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المنصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لنير طالم بالنصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها وعماها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تاق لانه مال وليس بمثل، وهل يرجع بها على الناصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيها إذا ضمن المشتري ما حصل به قبح ووجه الروايتين ما سبق (فصل) (إننا وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه ناصب

الى وقت امكن الرد ومطالبة الناصب بالسعى في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب أجره فعلى الناصب رده وأجر مثله مدة

مقامه في يديه)

هذه المسئلة تشتمل على حكيم (أحدها) وجوب رد المنصوب (والثاني) رد أجرته: أما الاول فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترد» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لا عبا جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال القم والتلفظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره، فان غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه أضاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الناصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبائع، وان قال المالك دعني

ولم يفره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايها شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال أبو حنيفة ايها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فاما الاجر والمهر وارش البكارة فية وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري (مسئلة) (وان اغارها قتلت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الناصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على احد وان ضمن الناصب رجع على المستعير وان لم يكن علم بالنصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على انها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه اتفقت بها فقد استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تاق من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلق فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الناصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت الملك على ما اسكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقطع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرسه) ذكره القاضي في القسمة لانه يبسه لها غره وأوممه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان غصب شيئاً فشغله بملكه كخيطة خاط به ثوباً أو نحوها أو حجراً بنى عليه نظراً فان بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صار هالكاً فوجبت قيمته، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وإن اتقص البناء وقصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تاباً للملك يستتر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً خاط به جرح عبده ولنا أنه مقصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على المبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لاحرمته له كالرئد والحزير والكلب المقور فيجب نزع رده لانه لا يتضمن قوت ذي حرمة فأشبه ما لو خلط به ثوباً (والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بئانه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطمع المصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه ألتف مال غيره بشيء اذنه طاماً من غير تقرير والمالك تضمن الضمان لانه حال بينه وبين ماله والا كل لانه ألتف مال غيره بشيء اذنه وقبضه من يد ضامنه بشيء إذن مالكة فان ضمن الغاصب رجع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعمي استقر الضمان على الغاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولا غر الآكل

(مسئلة) (وان لم يقل في أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجريد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطمعه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحنفي وأيها استقر عليه الضمان فمرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه

(مسئلة) (وان أطمع المالك ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطمع المصوب المالك فأكله طاماً أنه طعمه برى، الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعمي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له قيمة بانه طعم المصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ

من نزع الهلاك أو إبطاء برئته فلا يجب نزع لان الحيوان أكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي (الثالث) أن يحيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكاً لغير الناصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحسن صيانة مال آخر، وإن كان الحيوان للناصب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز، وإن حصل فيه نقص على الناصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء لرد الحجر المنصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولا يحاج الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل أن يفرق بين ما يمد للاك من الحيوان كقيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يمد له كالخيل والطير المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المنصوب عليه (والثاني) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده.

(فصل) وإن غصب فصيلاً فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشية وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساحة فإن

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فأكمل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الناصب كالوعطفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الاكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المنصوب لملك أو أهده اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليم تاماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومثلاً فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وإن باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتاع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

(مسئلة) (وإن رهنه عند مالك أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفریط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرهما أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لانه في معنى الخشبة، وان كان حصوله في الدار بمردوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تمدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوازي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان املاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتريه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة قابلتها بهيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الناصب الا أن يكون الحيوان آدمياً ، وفارق الحيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رماية حق المالك برد عين ماله اليه ورماية حق الناصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابتليت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فهنا أولى .

(مسئلة) (وان أطاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان المارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الناصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسئلة) (وان اشترى عبداً فأعتقه قاعدى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر وان صدقه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

إذا أقام المدعي بينه بما أدعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع بالثمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال اتقاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

أجراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وإن أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن إخراجها إلا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وإن كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وإن كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وإن لم يكن منها تفریط فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمم لأنه كسر لتخليص شاته، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لأنه لتخليص ققمه فإن قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لأن القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وإما أن تفرم القمم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً وبخلافها لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها، وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيها ذكرنا واحتمل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لأنه لا تنفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل أن يجري مجرى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الحناية من صاحبه قتل لأن حرمة

يدعيه فصيح كما لو لم يستقه المشتري، ومتى حكمتنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه فإن ضمن البائع رجع على المشتري لأنه أتلفه وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن لأن التلق حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن مات العبد تخلف ماله فهو للمدعي لا تقاوم على أنه له وإنما لم يرد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخاف وارثاً فيأخذه وليس عليه ولاه لأن أحداً لا يدعيه وإن صدق المشتري ابتائهم وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيّة الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده.

(فصل) وإن كان المشتري لم يستقه وأقام المدعي ينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أنرا بذلك وإن أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فإن كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لأنه حال ينة وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبيع أحلافه إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال بل ألف من قرض وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده إلى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة حرمة الآدمي الذي يتألف ماله وانتهى عن ذبحه معارض بالتهني عن اضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقم في محبرته أو أخذ دينار غيره ففسها فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقم من غيره فله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقم في محبرة آخر بفعل الناصب أو غير فله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان الحبرة لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقية الواقع فيها ضمنه الناصب ولم تكسر، وان رمى السان ديناراً في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب الحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص الحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بنير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن قصصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلمه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تفرق بقلمه لزم قلمه وان خيف غرقها بقلمه لم يقلم حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار افسخ البيع لانه يملك فسخه قبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بترك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكتسبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه نعماً وان أنكرها جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند إنسان بينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان ألتف المنصوب ضمنه بمثله ان كان مكيلاً أو موزوناً) متى تلف المنصوب في يد الناصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تضمن رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالكيل والموزون مكيلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطبوع من مأكول أو مشروب فجميع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبقى وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الناصب لم يقطع كالخيط وإن كان فيها مال للناصب أولا مال فيها فقيها وجهان (أحدهما) لا يقطع (والثاني) يقطع في الحال لأنه يمكن رد المنصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهدين ولنا أنه يمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يحز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئا خلطه بما يمكن تميزه منه كحطبة بشمير أو سمسم أو صنار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تميزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تميز جميعه وجب تميزه ما أمكن وإن لم يمكن تميزه فهو على خمسة أضرب :

(أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حطبة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنابر أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نص على أنه يكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه يجب قيمته لأنه عديم ليس بمشلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره ، لأنه تصدّر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ماله تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

كالتص والمضى والقيمة مائة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالتص لما كان طريقه الإدراك بالسباع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد

(مسألة) (وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البديل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي يجب قيمته يوم الحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينتد أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسم ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة الحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمته يوم تلقه لأن القيمة إنما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف يجب رده فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلقه كغير المثلي

(مسألة) (وإن لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً قتلف نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لا تارة إذا فعلنا ذلك أو صاينا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البذل وإن قص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب ضمان التقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كاسوة انفرماه ولأنه تمذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بذله كما لو كان نالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فاما المنصوب فقد وجد من الناصب ما من المالك من أخذ حقه من المثليات مجزأً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بسينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صنما مثل حفصة صنعت طعاماً فبشئت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني إلا فكل فكسرت الأناة فقات يارسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناة مثل الأناة وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل» متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متافقة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تافه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لأنه موضع الضمان يعني يضمه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أطلا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب والاولى أولى . قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالك

وورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الناصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد ناقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجم عليه بمثله لانه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد ناقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الناصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغه له (اثنان) أن يصبغه بصبغ للمنصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون اثوب والصبغ بماله لم يزد قيمتها ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك المنصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتمذر رده فأوجبت رده قيمته فانه يطالب به يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخيرين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الناصب بالسعي في رده وإعائاً أخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الحرقى فيمن غصب جارية حاملا فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقى على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا اذا تلف المنصوب لزم الناصب قيمته أكثر ما كانت من يوم النصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الناصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الحرقى محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المنصوب من كبر وصغر وسمين وهزال ولسان ونحو ذلك قالوا يجب القيمة أكثر ما كانت لانها منصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة للمالكها مضمونة على الناصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرض نقصها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فعما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لما جاز وان باعه فتمت بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة انشاب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساوى في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زاد بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الناصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثر أو زيادة مال الناصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمنه الناصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الناصب لانه بتعديده فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله للمكة ولا شيء للناصب لان النقص حصل بعد وانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة وأسباعه ولصاحب الصبغ سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللناصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوى في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الناصب قلم الصبغ فقال أصحابه له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كالمو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ماسقطت بالرد كزيادة السن قال القاضي ولم أجدهن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فلي هذا تضمن بقيتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيتها يوم النصب إلا أن الحلال قال حين أحمد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلا يقضي ذلك الى الرباء وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرض ذلك وبخالف البيع لان الصنعة لا يقابلها الموض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالمقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل الموض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا يحمل على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالواقي وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صنغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سقه وظاهر كلام الحرقي أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشقوقة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضرا را بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلم الثرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض. وان اختار المنصوب منه قلم الصنغ ففيه وجهان (أحدها) يملك ايجاب الناصب عليه كما يملك ايجابه على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بما كره على وجه أمكن تخليصه فله منه تخليصه وان استضر الناصب كقطع الشجر ، وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك ايجابه عليه ولا يمكن من قلعه لان الصنغ يملك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلم الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصنغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلم ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهمذين، وان بذل رب الثوب قيمة الصنغ للناصب لئلا يملك لم يجبر على قبوله لانه ايجاب على يمين ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا

(مسئلة) (فان كان محلي بالتقدين معاقومه بما شاء منها)

للحاجة وأعطاء بقيمته عوضاً لثلا يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدها لانها قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدهما وليس أحدهما باولي من الآخر فكانت الحيرة اليه في تقويمه بما شاء. ومنها، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منها منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصفة كقيمه في يمينه والله أعلم .

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تتماثل أجزاءه وتقارب كالأثمان والحبوب والادهان يضمن بمثله وهذا لا خلاف فيه، فأما سائر المكيال والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المنزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحضر فأشبه غير المكيل والموزون

(الجزء الخامس)

(٥٥)

(المغني والشرح الكبير)

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشقونة والمأرقة وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الناصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الناصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لمالكها في هذه المواضع، وان وهب الناصب الصبيغ للمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبيغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبيغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحنفي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فنصبه فبذل له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الناصب فله يبعه لانه ملكه فلا يملك الناصب منه من يبع ملكه بعدوانه وان أراد الناصب يبعه لم يجبر المالك على يبعه لانه متعدد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب الى ثمن صبيغه

(القسم الثاني) أن ينصب ثوباً وصبيغاً من واحد فيصنعه به فان لم تزد قيمتها ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للناصب ولانه أعماله في الصبيغ أثر لا عين وان نقصت بالصبيغ فعلى الناصب ضمان النقص لانه بتعديده وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه (القسم الثالث) أن ينصب ثوب رجل وصبيغ آخر فيصنعه به فان كانت القيمتان بمحالهما فيها شريكان

وذكر القاضي ان النقرة والسيكة من الايمان والنسب والزلطب والكسرى أعمال يضمن بقيمتها، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه إتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المنصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرض النقص وقيل لا يلزمه أرض النقص)

اذا غصب شيئين ينقصهما التفریق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرض نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لا صحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص لتغير الاسعار

ولنا أنه نقص حصل بجناية فلازمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشق ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرض النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهما فوت معنى وهو امكان الاتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر ما لها وإن زادت فالزيادة لها وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع به على الناصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الناصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الناصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عسلاً ونشأ وعقده حلواً فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) انه متى كان للمنصوب أجر فعلى الناصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المتأخر أو تركه تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه أحد في رواية الأثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المتأخر وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد بن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجريه أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» رضاهما على الناصب ولا نه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالأعيان ولأنه ألتف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم بمنصوب فوجب ضمانه كالمعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت اثياب فمادت قيمته كما كانت مثل أن غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرض نقصه لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت اثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فإن غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخدل المنشفة فعليه أرض نقصه ، وإن أقام عنده مدة لئلا أجره لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرض النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النسر تقص بشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرض النقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضية باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي عوض فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بمقدار الاجارة كالمغار والنياب والدواب ونحوها فأما انتم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تناف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لان الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل ألتف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مال له، فان كان الآكل عالما بالنصب استقر الضمان عليه لكونه ألتف مال غيره بغير اذن عالما من غير تقرير فاذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فان كان الغاصب قال له كله فانه طماحي استقر الضمان عليه لاعتراؤه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك فقيه روايتان (احدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما ألتف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحارقي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة ما بقوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تقم الاجزاء، وان لم يكن للمصوب أجرة كثوب غير غيظ فليس على الغاصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المصوب عند الغاصب ثم باعه فتلّف عند المشتري فله تضمين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه، فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقى على الغاصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منها على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا قابض أو فرسا فنسرد أو شيئا تمذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجعلته أن من غصب شيئا فمجز عن رده مع بقائه كعبد آبق قللمصوب منه المطالبة بدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدله الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينها إياها فيزول ملكه عنها وتصبح ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الناصب، وأنها استقر عليه الضمان ففرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجم عليه، وان أطعم المنصوب للملك فأكله طاماً أنه طعامه بريء الناصب وان لم يعلم وقال له الناصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الناصب لما ذكرنا وان كانت له بيعة بأنه طعام المنصوب منه، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك اياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الناصب كما لو علقه لدوابه ويخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير مالك فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة، وان وهب المنصوب للملك أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيها إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذ المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المماوضة ومستلثنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأطاد يده التي أزالها، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياح والإبتياح يوجب الضمان، وإن أقرضه اياه بريء أيضاً لذلك

يعينه لان المالك ملك البذل فلا يبقى ملكه على المبدل كاليمين ولانه تضمن فيما ينقل الملك فيه فتقله كما لو خلط زيتاً بزيتاً.

ولنا ان المنصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمن كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مديراً وليس هذا جمعاً بين البذل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه تعذر رده. اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المنصوب رده ونمائه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه الى الناصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعيته ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المتفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بسبب، وان كان البذل تالفاً فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال.

(مسألة) (وان غصب عسيراً فتخمر فعليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العسير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع البذل لان العسير تلف بتخمره فوجب ضمانه فان

وان أماره إياه بريء أيضاً لان المارية توجب الفيمان، وان أودعه إياه أو أجره إياه أو وهبه أو أسلمه عنده
ليقتصره أو يملكه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون طالما بالحال لانه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة
وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه ما دل إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والاول أولى
قانه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ فنهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا يثبت لاحدهما فالقول قول الناصب لان
الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يتم عليه به حجة كالو ادعى عليه ذمته فأقر ببعضه وكذلك إن قال
المالك كان كاتباً أوله صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البيعة بالصفة
ثبتت، وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان
الاصل عدم ذلك والقول قول الناصب في قيمته على كل حال، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في
وقت زيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول
الناصب لان الاصل براءة ذمته، وإن شاهدنا العبد مبيعاً فقال الناصب كان مبيعاً قبل غصبه وقال المالك
عيب عندك فالقول قول الناصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وإن غصبه خيراً ثم
قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الناصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وإن
اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

ما د خلا كان كما لو هزلت الجارية السبيبة ثم ما د سمنها قانه يردّها وأرض نقصها
ولنا ان الحل عين العيب تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه
منه ناصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السمن الاول قلنا فيه منع وإن سلمنا قائلنا
غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أمانة فطالبه ما لكها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الايمان قيم الاموال
فلا يضر اختلاف قيمتها، وإن كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد النصب وإن كان من
المثلثات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبة بمثلته لانه لا ضرر على
الناصب فيه، وإن كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله
المطالبة بقيمته في بلد النصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد النصب رده وأخذ
القيمة كما لو غصب عبداً فأبقى.

(فصل) قال رضي الله عنه (فان كانت للمنصوب أجرة فعلى الناصب أجرة مثله مدة مقامه في يده
سواء استوفى المتاع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المانم وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم
عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجرىء أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاء الناصب وأنكره المالك فالقول قول الناصب لأنه أعلم بذلك وتمتد إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببطله لأنه تضر رد المين فلم يملكه كالمو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبطل لأنه لا يدعيه وإن قاله غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقاً فالقول قول الناصب لأن الأصل عدم وجوب التحديث والمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه

(فصل) وإذا باع عبداً فادعى البائع أن له غصبه البعد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وإن لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كالمو غصبت به بينة وإن أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ولزم البائع قيمته لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر البعد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبائع أحلافه ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة البعد لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمة كالمو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال بل ألف من قرض، وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى عاد البعد إلى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وإن كان أقر البائع في مدة الخيار له أن يفسخ البيع لأنه يملك فسخه قبل إقراره بما يفسخه، وإن أقر المشتري وحده ولم يرد البعد ولم يقبل إقراره

توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبابكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحسن مات قبله أي عبد الله بمشرين سنة. واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الحر أجب بالضمان» وضمانها على الناصب ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملكه أشبه ما لو رزنا بخرأه مطاوعة

ولنا إن كل ما ضمنه بالائلاف في المقعد الفاسد جاز أن يضمه بمجرد الائلاف كالأعيان ولأنه أئلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو قول ماله متقوم منصوب بموجب ضمانه كالمين وأما الخبز فوارد في البيع ولا يدخل فيه الناصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالإجماع ولا يشبه الزنا لأنها رخصت بالائلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي الوض فمجاناً فكان بمنزلة من أماره داراً ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعد الإجارة كالغار والنياب والذباب ونحوها فاما النعم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لأنها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارياً ولم يطلها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لأن منافع البضع لا تختلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولأنها لا تقدر بزمن فيتلحقها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أئلف الفحل لم يضمن منفعة لأنه لا عوض له لكن عليه ضمان نفسه

(مسئلة) (وان تلف المنصوب فعليه أجرته الى وقت تلفه) لأنه بعد التلف لم يبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أئلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه باليمن أن كان قبضه ويلزمه دفعه عليه أن كان لم يقبضه، وأن أقام المشتري يئنة بما أقر به قبلت وله الرجوع باليمن، وأن أقام البائع يئنة إذا كان هو المقر نظرنا فإن كان في حال البيع قال بملك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل يئنته لأنه يكذبها وتكذبه وإن لم يكن قال ذلك قبلت لأنه يبيع ملكه وغير ملكه، وإن أقام المدعي اليئنة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لأنه يجر بها إلى نفسه فمأوان إنكاره جميعاً فله أحلافهما أن لم تكن له يئنة قال أحد في رجل يجحد سرقته بينهما عند إنسان قال هو ملكه يأخذه اذهب إلى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وإن كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لأنه قد تعلق به حق لغيرهما فإن وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لأن الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل إقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفقوا كلهم ويعود العبد إلى المدعي لأنه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعي فصيح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم إن ضمن البائع رجلاً على المشتري لأنه ألقاه وإن رجع على المشتري لم يرجع على البائع إلا باليمن لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن مات العبد

(مسئلة) (وإن غصب شيئاً فمجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة)

لأن منافعه إلى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لأنه استحق الانتفاع ببطله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الأجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الناصب الحكيمة كالطبخ وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين والأخرى صحيحة) تصرفات الناصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والإجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلا نفع فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته في القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض ثباته وزيادة له والحكم بطلانها يمنع ذلك

(مسئلة) (وإن أبحر بالدرهم فالربح للمالكها)

إذا غصب أماناً فأتجر بها أو عروضا فباعها وأبحر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو المدغمي لا تهاقم على أنه له وإنما منشا رد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وإن صدق المشتري البائع وحده رجم عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيّة الاقسام على ما مضى

(فصل) وإذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني قبلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآب بغيرات أو هبة من مالكة قبل ملكه رده على لان البيع الاول والهبة باطلان وإن أقام بذلك بينة نظرت فإن كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعتك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لما وهي تكذبه وإن لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المنصوب جنابة أوجبت القصاص فاقنع منه فضائه على الناصب لانه قد تلف في يديه فإن عني عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الناصب لانه نقص حدث في يديه فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته كما يقديه سيده، وإن جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وإن عني عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته أو أرش اليد فإن زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الناصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق أرش الجنابة بها لأنها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

(مسئلة) (وان اشترى في ذمته ثم بقدها احتل ان يكون الربح للناصب) وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لثلاث يتخذ ذلك طريقاً الى غضب مال الغير والتجارة به وإن خسر فهو على الناصب لانه نقص حصل في المنصوب، وإن دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وإن كان المضارب طالباً بالنصيب فلا أجر له لانه متعمد بالعمل ولم يخره أحد وإن لم يعلم فعلى الناصب أجر مثله لانه استعمله عملاً يعرض لم يحصل له فلزمه أجره كالمقد القاسد

(فصل) وإن أجر الناصب المنصوب قالاجارة باطلة في إحدى الروايات كالباع والمالك تضمين أيهما شاء أجر المثل فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يتضمن المنفعة (الغنى والشرح الكبير) (٥٦) (الجزء الخامس)

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت يده كما أن الرهن إذا أتلّفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجنابة القيمة من المالك رجع المالك على الناصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد ودية فجنى جنابة استقرت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارض الجنابة فإذا أخذها ولي الجنابة لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جنابة تستغرق قيمته ثم غصبه ناصب فجنى في يده جنابة تستغرق قيمته يبع في الجناتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لأن الجنابة كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الناصب فليته قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب نصف القيمة لأنه ضامن للجنابة الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه

(مسألة) قال (من أتلّف لذي خمر أو خنزيراً فلا غرم عليه وينتهي عن التعرض لهم فيما لا يظفرونه)

ويسقط عنه السمي في العقد وإن كان دفعه إلى الناصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكها قضين من شاء منهما قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الفارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كان عالماً بالنصب لم يرجع على الناصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الناصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالنصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للناصب دون صاحب الدار وهو قاسد لأن الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كعوض الاجزاء

(مسألة) (وان اختلفا في قيمة المنصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الناصب)

إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا بينة فالقول قول الناصب لأن الأصل برأءة ذمته فلا يلزمه ما لم يتم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر بهضه وكذلك إن اختلفا في قدره فقال غصبني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت اليه بالصفة ثبتت

(مسألة) (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الناصب وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصعب زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الحر والخزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً مسلماً أو لذمي خراً فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلّفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الأدي وقدم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلّفها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عاملة كتب إليه إن أهل الذمة يعمرون بالماشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر: ولومهم بها واخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم بيعه لا حرّمته لم يجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرد ولا أنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحرّمها ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه إليها فثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت أراقنها ثم لو عصمها مالزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال عندم ينتقض بالبعد المرتد فانه مال عندم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك قال قول قوله لأن الأصل عدم ذلك، وأن اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب بعد تلفه قال قول قول الناصب لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدنا العبد معينا فقال الناصب كان معينا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك قال قول قول الناصب لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وإن غصبه خراً فقال المالك تخلل عندك وأنكر الناصب قال قول قوله لأن الأصل عدم تيره وبراءة ذمة الناصب، وأن اختلفا في تلفه قال قول قول الناصب إذا ادعى التلف لأنه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه فإذا حلف للمالك المطالبة بدله لأنه تذر رد العين فلزم بدله كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه ، وإن قال غصبت متى حديثاً قال بل عتيقاً قال قول قول الناصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه، وإن اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للناصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وإن بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة)

لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب أحاطهم بثواب الصدقة

عمر آثامها لآثم إذا تابوا وتقاوضوا حكنا لهم بالملك ولم نقضه وتسميتها آثاماً مجاز كما سمي الله تعالى
عن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الحرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر ونه فلان
كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذهم ونكاح ذوات
الحرام لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لانا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا تعرض لهم
فيما التزمنا تركه، وما أظهره من ذلك تمين إنكاره عليهم فإن كان خيراً جازت إراقة، وإن أظهرها
صلياً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهرها كفرهم أدبوا على ذلك، ويمتنون من إظهار
ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وإن غصب من ذمي خيراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم
ردها ووجبت إراقتها لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بإراقتها، وإن
أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن
الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولأن ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كليلته والدم، فإن أمسكها في يده حتى
صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم مالكه فلزم ردها إليه فإن تلفت ضمانها له
لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الناصب، وإن أراقها فجمعها إنسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الحل
لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج منها مثله فملى هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوال
(فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان يغير أذنه لا نعلم في ذلك خلافاً)
لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه قتل عنده

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهب ضمنه)
وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه إلا أن يكون إهاجها حتى ذهاباً وقال أصحاب
الشافعي ان وقفاً بعد الحل والفتح ثم ذهاباً لم يضمنها وان ذهاباً عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban
لما اختاروا وقد وجدت منها المباشرة ومن القاع سبب غير ملجئ فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب
كما لو حفر بئر فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما
حصلت من لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله
أو أطلق ناراً في مناع انسان فان لتار فعلاً لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه
ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبق بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه
على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير
فأنلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل القرم فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهب

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز أجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالديغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أتلفه أو أتلف ميتة بجعلها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دبت الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالحجر إذا تحللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه يحس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدين.

(فصل) وإن كسر صلياً أو مزمراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلّف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منقرها لأن سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر انسان على جدار ففقره انسان فطار لم يضمنه لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممثماً قيل ذلك، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(مسئلة) (وإن حل وكاه زق مائع أو جامد فاذا ابتته الشمس أو بقي بعد حله فأنفقه الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاه زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا إن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كالأخرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن وأما إذا دفعه إنسان فإن المتدخل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وإن ربط دابة في طريق فأتلفت أو أقتنى كلباً عقوراً فقهر أو خرق ثوباً ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت يده أو رجل أو فم لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسماً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعت بمحق القينات والمعازف»

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لان أخذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فان منها قلل عنه فيمن هشم على غيره أبريقاً فضة عليه قيمته بصوغه، كما كان، قيل له أليس قد هسى النبي ﷺ عن أخذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمد في رواية المروذي فيمن كسر أبريق فضة لا ضمان عليه لانه ألتف مالميس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال بصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (احدهما) يضمنها لانه مال يمكن الاتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما ألتف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان ألتف الكلب بغير المقر مثل ان ولع في إناء إنسان أو بال لم يضمنه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما ألتفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهراً فلقط حياً لم يضمنه لان العادة ارساله

(مسئلة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احدهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للمقر وأذى الناس فضمن صاحبه كن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح السجاء حيار» ولانه ألتف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

(مسئلة) (وان أوجب ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فالتفقه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا قل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفریط لانه غير متعد ولاها سراية قل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاه زرق فاندفق لانه متعد بحله ولان الطالب خروج المائتم من الزرق المفتوح بخلاف هذا، فان كان يتفریط منه أو اسراف بان أوجب ناراً تسري

يعة فيضمنها كما لو لم يكن فيها خر ولأن جعل الحرم فيها لا يقتضي سقوط ضلتها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر (والثانية) لاتضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مرزوق عن حمزة بن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدينة وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الحرم قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويأمنوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خر إلا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته. وروى عن أنس قال كنت أَسْقِي أَبَاطِلِحَةَ وَأَبِي بَن كَعْبٍ وَأَبَاعِيْدَةَ شَرَاباً مِنْ فَضِيخٍ فَأَتَانَا أَتٌ فَقَالَ إِنَّ الْحَرَمَ قَدْ حُرِمْتَ فَقَالَ أَبُوطَلْحَةَ قُمْ يَا أَنَسُ إِلَى هَذِهِ الدَّيْنَانِ فَامْكُرْهُمَا. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى سَقُوطِ حَرَمَتِهَا وَابَاحَةِ اقْلَافِهَا فَلَا يَضُمُّهَا كَسَائِرُ الْمَبَاحَاتِ

في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي فتح الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبست النار أغصان شجرة غيره يضمن لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لأن دخولها إليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وإن ألفت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وإن سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير محتج فهو كالثوب وإن دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لأنه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه .

(مسألة) (وإن حفر في فئانه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والقضاء ما كان خارج الدار قريباً منها) إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بأذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أو لا وقال أصحاب الشافعي إن حفرها بأذن الامام لم يضمن لأن للامام أن يأذن في الاتقاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القمود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه .

ولنا أنه تلف بحفر خفوه في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وإنما جاز الاذن في القمود لأنه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال أشبه القمود في المسجد ولأن القمود جائز من غير إذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالنصب إنما يضمن بالاتلاف وإن أخذ حراً فحبسه فإت عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وإن استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وإن حبسه مدة ثلثها أجر فقيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد، (والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح نصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وإما رافقه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرناه ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في النصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

(مسئلة) (وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لأنه يحسن بفعله غير ممتد أشبه باسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الإمام وإن كان بشير إذ أنه لم يضمن في إحدى الروايتين فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر فيه تقع للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه أفتات على الإمام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية، والصحيح الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه قنوت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر مما تقتضيه هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله إذن الإمام وعدم الإذن قال شيخنا ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجري حفرها مجرى بقيتها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويمسكها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها لأن مصلحته لا تتم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان ماثل عن القارة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوفى

(فصل) وإن حفر العبد بئراً في ملك إنسان بشير لإذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لأن الجناية بالحفر

(فصل) وام الولد مضمونة بالنصب وهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الثراء فأشبهت الحر ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالقن ولانها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحرمة فانها ليست بمملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها به قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذبا ، وقال اصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذبا لم يضمنها وان ذبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لما اختاراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجي ، فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لالسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجباً بعد المتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وهما حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيرا أو علق فيه قديلا أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جمل فيه رقا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال اصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بنيران الامام ضمن في أحد الوجهين وقال ابو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يمتد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ما ينتفع به المسلمون غالبا فلم يضمن كمن ممد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفا لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن قاعله كالمأذون فيه نطقاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تدعى أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق إنما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلا مباحا، وقولهم ان الطريق إنما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جميل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحا أو ميزابا الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجهه ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق التافذ جناحا أو سبابا أو سقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه الخرج وقال (الفتي والشرح الكبير) (٥٧) (الجزء الخامس)

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نقره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت من لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نقر الطائر واهاج الدابة أو اشلى كلبا على صبي فقتله أو اطلق ناراً في متاع انسان فان النار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبيعة النفور وانما يبقى بالمانع فاذا ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كن قطع علاقة قنديل فوق فانسكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو اسير فأقلت وان فتح القفص وحل القرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنقرهما فذهبا فالضمان على منقرهما لأن سببه اخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافز، وان وقع طائر انسان على جدار فنقره الانسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليها. ولنا أنه تلف بما أخرجه الى هوا الطريق فضمنه كالوئبي حائطه مائلا الى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كالموضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات، ولان هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأنتف شتاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولاننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله يضمن الخشبة ونصفه بجميعها، وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما أتلف به وان كان باذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متعمد فيه (فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأنتفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لانه غير متعمد باخراجه فلم يضمن ما أتلف به كما وأخرجه الى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصيب الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان اتقصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هوا ملك غيره شيئاً يضربه أشبه ما أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه، فأما ان أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو متعمد ويضمن ما أتلف به لاننا لم نعلم في ذلك خلافاً

(مسئلة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع انه ان تقدم اليه لتقصه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل الى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعمد بينائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضا لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه الى هوا الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه تقصه فلا ضمان عليه لانه لم يتعمد بينائه ولا فرط في ترك تقصه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فان أمكنه تقصه ولم

لان تقيده لم يكن سبب قواته فانه كان ممتعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تقيده بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائمه فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كان جامدا فذاب بشمس لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولم يمتدحوا اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولأن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن، وأما

ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والتخمي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع قبله به، وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعدد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناء مائلا الى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والتخمي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بازائه فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان به لم تشتط المطالبة به كما لو بناء مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان بطريق الجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتبها ومستيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تقييده وان أمكنه استرجاعها كالعبر والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص، وان كان

ان دفعه انسان فان التخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مستثنا ولو كان جامدا فادنى منه آخر تاراً فأذا به فسال فالضمان على من أذا به لان سببه أخص لكون التلق يعقبه فأشبه المنفر مع فأنق القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين تقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا قاسد لان مدني التار الجأء الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفعه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جيماً ثم ان الحد يدراً بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذا به أحدهما أولاً ثم فتح الثاني رأسه فاندقق فالضمان على الثاني لان التلق يعقبه وان فتح زقا مستلمي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فجاء آخر فكمنه فاندقق فضمن ما خرج بعد التشديد على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارج والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تقب فعله أو تراخى والخلاف

فيها كاخلاف في الطائر في القفص

المالك مجبوراً عليه لسفه أو صبر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طوب له أو وصيه فلم يتقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركاً بين جماعة فطوب اقدم يتقضه احتمال وجوب احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه تقضه بدون إذنهم فهو كالمأجر والثاني يلزمه بحصته لانه يتسكن من التقض بمطالبة شركاءه وإلزامهم التقض فصار بذلك مفرطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأهم طالب وجب التقض بمطالبة كما لو طالب واحد بتقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لم لان الملك لم ويلزم التقض بمطالبة اقدم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جيمهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب تقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلق أشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو الى ملك غيره فتلق به شيء أو سقط على شيء أطلقه ضمن تعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بتقضه فباعه مائلاً فسقط على شيء فتلق به فلا

الغني والشرح الكبير) إيقاد النار في ملك الغير. الائلاف بسبب البيعة وضمانه على من هي يده ٤٥٣

(فصل) إذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقته أو سقى أرضه فزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تقريط لأنه غير متمد ولاها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندقق لأنه متمد بحله ولأن الغالب خروج المانع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المتباد إلى تلف مال غيره وإن كان ذلك بتقريط منه بأن أجهج ناراً تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو قتح ماء كثيراً يعمدي أو قتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الحجر الذي تعدى به، وإن أوقد ناراً فأيست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لأن دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرقها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وإن ألفت الرمح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائنه لأنه ليس بملكه ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقصه وكذلك إن وهبه وأقبضه وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على مائته فإن أنكرت المائلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لأن المائلة لا تحمل الاعتراف وكذلك إن أنكر وأطالبته بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجع به الدعوى

(مسئلة) (وما ألتفت البيعة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والفائد قد يضمن ما جنت يدها أو فيها دزن ما جنت رجلها) إذا ألتفت البيعة شيئاً فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجاء جرحها جيار» يعني هدرأ فاما إن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والفائد فإنه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولأنه جناية ببيعة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جيار» رواه سعيد بإسناده عن الهزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جيار أدليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولأنه يمكنه حفظها من الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لأنه من جناية ببيعة يده عليها فضمنه كجناية يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاعلق عليه الباب ناوياً امساكه لنفسه ضمنه لانه امسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبجها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نمسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها (فصل) فان كان على الدابة راكباً فالضمان على الاول منها لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منها صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتماعهما، وان كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجلل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن أبي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالهما ما أفسدته ليلاً ونهراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المجاء جرحها جبار» يعني هدرأولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلقت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن نجيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلاً فهو مشهور حدث به الأئمة الثقة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهراً دون الليل فاذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، وإذا استمار من رجل بهيمته فأتلقت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلقت شيئاً لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد المستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلقت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض أصحابنا إنما يضمن مالها ما أتلقت ليلاً إذا فرطت بارسها ليلاً أو نهاراً أو لم يضمنها بالليل أو ضمنها بحيث يمكنها الخروج أما إذا ضمنها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها أو قانع بابها لأنه المتألف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين (١) كفاية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فمليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

(فصل) فان أتلقت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالها ما أتلقت ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح أنه قضى في شاة وقت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نقشت فيه غم القوم) قال والنفس لا يكون إلا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجاء جرحها جبار» متفق عليه أي هدر وأما الآية فانقش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) إذا استمار بهيمة فأتلقت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد المستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلقت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لأن التألف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كاللستعير، وإن كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن أيضاً لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفماً عن نفسه لم يضمنه لأنه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها أجماعاً ولا يضمنها إذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه أتلقت مال غيره لأحباء نفسه فضمنه كالمضطر إذا أكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكاتب من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لأنه لا يملك لإباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل ولنا أنه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولا نه حيوان جازاً لأنه لا يضمنه كالأدمي المكاتب ولا نه

فالتفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها لا يزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالستير، وان كان الزرع للمالك فان كان ليلاً ضمن أيضاً لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه مالو نصب حربة في طريقة فقتل نفسه عليها فأت بها وقارق المضطر فان الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل نصته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله في الخمصه وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا : والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أبحث دمي لم يباح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقب فان كان القبان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من قس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجبين لانهما في أيديهما فضنا كما لو اصطدما قارسان لقلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لا يسيرون السفينتين بملهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الساعة إذا نزلت فاحترقت سفينة وبخاف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تقريط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطهما أو ردهما عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يمدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والخيال وغيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت احدهما منحدره فعلى صاحبها ضمان المصددة إلا أن يكون عليه ريح فلم يقدر على ضبطها)

مق كان قيم المنحدره مفرطاً فعليه ضمان المصددة لانها تحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتزل المنحدره بمنزلة السائر والمصددة بمنزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقا جميعاً فلا شيء على المصدد وعلى المنحدر قيمة المصددة أو ارش ما نقصت ان لم تلتف كلها الا ان يكون التفريط من المصدد بان يمكنه التدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصدد، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن حاجت ريح أو كان الماء شديد الجربة فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالنصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر انه غصبه يوم الجمعة لم تم اليقنة وله أن يحلف مع أحدهما ، وان شهد أحدهما أنه أقر بالنصب يوم الخميس وشهد والاخرى سائرة فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطاً ، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الفرق فالتى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الفرق لم يضمنه أحد لانه ألتف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره ، وان التى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره التى متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلزم ضمانه ، وان قال الفه وأنا ضامن له أو على قيمته لزم ضمانه لانه ألتف ماله بموضع لمصلحة فوجب له الموضع على من ألزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه . وان قال الفه وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاء فنيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه ألزم ضمان جميعه فلزمه ما ألزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أم قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربح متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقيين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وان ألزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل ، وان قال الفه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القى متاعى وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال القى متاعك وعلى ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقى فالقاء فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان البيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمداً خطأ مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحاً أو يصلح مسباراً فنقب موضعاً فهو عمداً خطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلاً مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يردده فاشبهه ما لو رمى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً الخطأ فيه ما فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان كسر مزاراً أو طنبوراً أو علياً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لتنع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه ألتف بالكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر أنه أقر بعمه يوم الجمعة ثبتت البيعة لأن الإقرار وإن اختلف رجوع إلى امر واحد، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة أيضاً، وإن شهد له واحد

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «إن الله حرم بيع الحر والميتة والخنزير والاصنام» متفق عليه، وقال عليه الصلاة والسلام «بشت بمحق القينات والممازف»

﴿مسئلة﴾ (وان كسر آية ذهب أوفضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن منها نقل عنه فيمن هشم على غيره أبريق فضة عليه قيمته بصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أخذها فسكت، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر أبريق فضة لا ضمان عليه لأنه أئلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجوع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية منها أنه قال بصوغه ولا تحل صناعته فكيف يجب؟

﴿مسئلة﴾ (وان كسر اناه خر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدينة وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانها وقال «اغد علي بها» ففعلت فخرج بإصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته وواه أحمد، وروي عن أنس قال كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرباً من فضيخ فأمانا أت فقال إن الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس إلى هذه الدنان فأكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة أكلها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لأنها مال يمكن الاتقاع به ويحل بيعه فيضمنها كالأول لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا ينفضي سقوط ضمانها كالميت الذي جعل مخزناً للخمر

(فصل) إذا غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغير مالها إلا بإذنه لأن ملك مالها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده. قال أحمد: في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها أحد إلا بانهم، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها. قال أحمد: لأبأس برعي الكلاً في الأرض المنصوبة وذلك لأن الكلاً لا يملك بملك الأرض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في دار طوائفها غصب لا يدخل على والدبه لأن دخوله عليها تصرف في الطوائف المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت النصب فلو كان الناصب حلف بالطلاق انه لم ينصبه لم نوقع طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله اعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يده من اتفقت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويعترف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ونقل المرذوي عنه أكره المشي على البارة التي يجري فيها الماء وذلك لان البارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها، قال أحمد لا يدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بخير لأنهم وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم ربحه إلى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهبي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الثراء ممن يقعد في الموضع المحرم محملهم على القعود والبيع فيه وترك الثراء منهم يمنعهم القعود فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الآن لا يجده غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الثراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فاليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصب من الناصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالهما والناصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته أما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الناصب الاول لانه ربما طالب بها فادعاه ملكا باليد والا قالوا يجب ردها على مالهما وقد صرح بهذا في رواية عبدالله في رجل استودع رجلا الفاحش رجلا إلى المستودع فقال ان فلانا غصبني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انزاع حصة شريكه من يده شريكها وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فاروى جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: أما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه وسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. وللبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط . والمعنى في ذلك ان احداً الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه ويمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احداً خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء مخالفة الا نارا الثانية والاجماع المتعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجبه (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ويمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء مخالفة الاحاديث الصحيحة والاجماع المتعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجبه (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

(مسألة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأل عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطارق فلا شفعة)

وجهة ذلك ان الشفعة تثبت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصح لكن اثبتنا الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو عثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وريمة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال الشيرازي وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصفة (١) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل
بالصاد وفي صحيح
البخاري بالسين
ومعناه القرب يعني ان
الجار بسبب قربه أحق
بالشفعة

وهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر بن بخندع الله بخندع، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف أو يشتري شقصاً بألف ثم يرثه البائع من تسعة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفع الشقص في الصورة الاولى بشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد الميم وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقها واحد» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك بدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنها - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداها من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلها * لأمر دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيّة الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة بروي عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي روينا وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بقاروان آمن أن يسبق فهو قار» رواه أبو داود وغيره فدخل إدخال الفرس الحلل قاراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى الحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقها وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لن الله اليهود أن الله لما حرم عليهم شحومها جلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا ويخادعون لأنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد نسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت فردة بحياهم فإنه روي عنهم أنهم كانوا يصبون شبا كهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جيباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجياي فيدعوها إلى لجة الأحديث أخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فسخرهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خافها وموعظة للفتين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليمط بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لمسلم ولأن الشفعة وجعت للضرر فلو سقطت بالتحيل لتحقق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالق * كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لا شرا كهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بسطح فقتلتها وجنيتها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً
إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من هر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يفت انما هو احتيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان بين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لاعلى التحريم لانه يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى (فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) ثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والفراش يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ولا يعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحويل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولاً فالقول قول المشتري مع بيئته لانه أعلم ببيئته وحاله ، اذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الفرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الفرر على المشتري لانه اشترى شقة بألف مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بشئ جميعه ، وفي السادسة على البادي منها بالهبة لانه قد لا يجب له الا آخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إما رضي بالمقد للتواطؤ فمع فوائده لا يتحقق الرضى به

(مسألة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل هبة أو صدقة وبأخذه الشفيع بقبضته وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن اقدم المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم أربعة أوحائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا ثبت فيه الشفعة بما ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة بما كالبناء والفراش - ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والفراش، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضي المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبد دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الفراش في الأرض وأما ما يبيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والفراش إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والنعري وقناة وريدة وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيها لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والفراش وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لمعوم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنه أترأغه منه أعظم ضرراً من أخذه من لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوقاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في مناه لان الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فأنترقا
 (مسألة) (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصدّاق وعوض الملع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المتنقل بموض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لان ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضاً لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بموض هو مال فلم يقتصر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لان الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجمله عبارة عن البيع خاصة عند عدم فائه بمنعدها التكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بموض غير المال نحو أن

«الشفعة فيها لم يقسم» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيها لا ينقسم المبلغ منه فيها ينقسم ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال «الشفعة في كل شيء»

ولنا أن قول النبي ﷺ «الشفعة فيها لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولأن

(١) بتشديد الراء

هذا مما لا يتبقى على الدوام فلا يجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوقة بها، والحكم في الفراف (١) والدولاب والتاعودة كالحكم في البناء فأما أن يمت الشجرة

مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا يقسم من العقار ولأن هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا يجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لما فإذا لم يجب الشفعة

فيها مفردة لم يجب فيه تبعها، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لكونه

لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قرارا فهو كالسفل (فصل) (الشروط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام

الصغير والرحى الصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والعراس الضيقة فمن أحمد فيها روايتان (أحدهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارقي لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشمسي وأبو ثور وأصحاب

الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث المكني ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه عقار مملوك بمقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الأول أنه مملوك

بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتمتع أخذه بمهر المثل لا تقا لو أوجبت مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة

ويمتنع أخذه بالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتمتع أخذه، وفارق البيع فإنه يمكن الأخذ بموضه، فإن قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع

رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته وإن طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم بقيه وجهان (أحدهما) يقدم حق

الشفيع لأنه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لأنه ثبت بالنص والاجماع والشفعة هنا لا نص فيها ولا إجماع. فأما أن عقا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف

الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى الماقد كرده عيب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لعين

والتوري وابن مريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما يقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والتعقب الطريق الضيق، رواء أبو الخطاب في رهوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا لخل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لأجل انشيع فيتضرر البائع وقد يتمتع اليهم فتسقط الشفعة فيؤدي لإثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضررهما أكثر لتأبده، قلنا إلا أن الضرر في محل الوقاف من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التمديد وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوقاف وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الاتفايع به حماما فان الشفعة محبة فيه، وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شياً كالبر ينقسم بترين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصيبين وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يعم فثبتت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في اليوم ثم تقابلا فله الأخذ بها (فصل) فإذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الأخذ بها تبعض للصفقة على المشتري

ولنا أن انا بل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه ماله أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

﴿مسألة﴾ (الثاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فأما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يتفرّد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يتمكن من إبقائها حتى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لأحد. في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان عمره لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجب فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تقويت صفقة المشتري وأخذ بض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهلج الجار وصحبه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلاً بموض وأما المتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وبريدة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار ثبتت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبه» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الجار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقها واحداً» وقال حديث حسن ولأنه إيصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فإذا تمت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنها قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المتقل بهية أو صدفة أن فيه الشفعة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فأنزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولما انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمنزلة السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بمنزلة بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا. فاما المتقل بعوض فينقسم قسمين (أحدهما) ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر كان باع ولم يؤذنه فلو أحق به. وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروطة فيها الثواب المعلوم لأن ذلك يصح ثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروطة فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولما أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عند مالك فإنه

فلا تثبت فيه ، ويان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسین والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح عثها لا أتم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك ، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقيّة الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه محتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لا شريكتين كما في الزوج ، قال حماد بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فبين لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ،

ينعقد بها التكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بموضع غير المال نحو أن يحمل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الحرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشمسي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارثي المكي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لا تنا لو أوجينا مهر المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في المادة بخلاف اليسم وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو مئة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول المكي والشافعي لأنه ملك الشقص يدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بمرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بقصد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقائمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالوروث فيتعذر أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بموضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بمد نفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن عين المتكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب الخائف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه لم يحكم بطلان مذهب الخائف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا يجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والعضادة والعراض الضيقة في إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال يحيى الأنصاري وسعيد وريمة والشافعي . والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح ، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر التصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في ردوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا خل ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمتع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى فيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم إن الضرر هنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في عمل الواقع من

وان طلقها بعد أخذ الشفع رجم بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالمالك باعته، وان طلق قبل علم الشفع ثم علم فقيه وجهاً (أحدهما) حق الشفع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنس والاجماع والشفعة هنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفع ثم طلق الزوج فرجم في نصف الشقص لم يستحق الشفع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفع اخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفع كالرد بالبيع وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى المالك كرده بسبب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده للبئن وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يسح فثبت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جني جنائين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف وعمر بن عبد العزيز وهذا على الرواية التي تقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبيض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجب فيه الشفعة كما لو انقرد ولان الصفقة جمعت مانجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجب فيها تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيقاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمه وأمكن الانتفاع به حتماً فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبريق يقسم بترين يرتقي الماء منها وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منها ما لا يتمكن به من ابقائها رحي لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان عمراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجب فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال.

يطلب ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا مالا تقع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فاختياره الصلح سقط القصاص وتضمنت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها او لا أحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائت أو لها لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيا وللشافعي قولان كالذهبيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائت وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالمقد بغير رضائه ويوجب المهدة عليه ويقوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائت قائماً إنما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تقريق صفقة وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهلج الدار وصححه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود مقتضى وعدم المانع، والصحيح انه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر **(مسألة)** (ولا تجب فيما ليس بمعار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن التراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين)

وجله ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والتراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار **(القسم الثاني)** مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثله قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والتراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فانه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفعين فان باع الشفع حصته في مدة الخيار طالما بيع الاول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منها وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول والمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفعين من مشتريه لانه كان شريكاً للشفيع حين يبعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بشئ المثل سواء كان لوarith أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض بمرض الموت لوarith لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالحابة فلا يخلو اما أن يكون لوarith أول غيره فان كان لوarith بطلت الحابة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوarith لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحابة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والفراس، يحقق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بنير رضى المشتري، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلم غير المؤبر دخل في الشفعة لانها بيع في البيع فأشبهت الفراس في الارض فان بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان ممن ينقل كالحيوان والنياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أولا ينقل كالبناء والفراس اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والسبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كاللحجر والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن احمد ان الشفعة تجب في البناء والفراس وان بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فاذا وقست الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض لقوله «فاذا وقست الحدود وصرفت الطرق»

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بنخسة أو قال قبلت نصفه بنخسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كنفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر الحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه ولا شقيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوضعية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك الحاباة له فان أجازوا الحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشقيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر الحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشقيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردم لان حقه متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشقيع الاخذ بالشفعة قدم الشقيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى الميب اذا رضى الشقيع بهيه (القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشقيع أجنبياً فان لم تزد الحاباة على الثلث صح البيع وللشقيع الاخذ به بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحاباة في حق الوارث وان كان الشقيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان الحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو رهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتباقي ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انقراف والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء، فأما ان يمتع الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان يمتع حصه من علو دار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلوف كذلك لانه بناء مفرد لكونه لأرض له فهو كالم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفلى

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه ، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وان طال فان آخر الطلب سقطت شفعته)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالمبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وإبي حنيفة والنعري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لان سقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى بقوا أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكاً قال تقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، ويان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس (الجزء الخامس) (٦٠) (المغني والشرح الكبير)

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تاتوا لو أثبتناها جملنا للموروث سيلا الى
الى اثبات حتى لو ارثه في الحاباة ويقارن الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا
من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موزونه فافترقا، ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة
أوجه وجهان كهذين والثالث أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إيصال الحاباة الى الوارث وهذا
فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل بطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للمورث
الحاباة إنما حصلت لغريمه ووصلت اليه بحجة الاخذ من المشتري فأشبهه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع)
ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للحاباة لان الحاباة بالنصف
مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان
الموهور لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحاباة وهذا فاسد لانها حاباة لأجنبي بما دون
الثالث فلا تطل كما لو لم يكن الشقص مشقوما

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن
أو مملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان اثمن والشقص معلومين ولا يقتصر الى حكم حاكم وبهذا قال
الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة
كان كالإيجاب ففي البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل للكل عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى واثوري ان الخيار مقدور بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث
حدها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحل
المغال » رواه ابن ماجه وفي لفظ « الشفعة كمنشطة المغال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » وروى
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الشفعة لمن واثبها » رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن
المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر مملكته على
المبيع وينميه من التصرف بمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب
أكثر من قيمتها مع نصب قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لادليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع
ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو
حنيفة فتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه
لا يشترط فيه القبض كالتبضع حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا
بطلت شفيعته وهو ظاهر كلام الخرقى وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكرناه يبطل
بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغريمه بطلت شفيعته وان أخرها لغريمه لم يمتثل أن
أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغلاق

مالك الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كآخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنس والاجماع فلم يقتصر الى حاكم كالرد بالميب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فلا يملكه بالاخذ كالفنائم والمباحات وبالفعل ائدال على الاخذ لانه يبيع في الحقيقة لكن الشفيح يستقل به فائتقل بالفلف الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد ا لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالمفوبسد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفيهان فطلب الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه المقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمفوبور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجع المبيع لميب في ثمنه أو الثمن لميب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيستبر العلم بالموضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيح أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائنه أخذه منه وكان كآخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان المقد يلزم في بيع

باب أوليخرج من الحمام أوليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وسنتها أوليشهدا في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفعتها لان المادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشتغاله فان شفعتها تبطل بترك المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فامام غيبته فلا فان المادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كالأولئك أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فيفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم المادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك الشنة لان في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا تحيوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة بينك أودعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جلته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت انبر حاجة بطلت شفعتها لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سارفي طلبها فعلى وجهين)

متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فيفعل بطلت شفعتها سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سارعتيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وهو ظاهر قول الحرفي وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس النقد فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبهذا على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا قبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون ذلك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع عاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون الهبة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان الهبة وقد حصل من البائع فلا قائمة في الحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصه لا يلزمه قبوله فهل لا قلم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منه في قبوله من غير غريمه وهنا

لشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا أنه قد ترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كشارك الطلب مع الحضور وقال القاضي إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إظهار احتمال أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والصبري وقول لشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يطلب أو بيعت بطلت شفعته وقال الصبري له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الأول

(فصل) فإن أقر الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الحرق في أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل إذا قدر على المسير وأخذه وإن لم يقدر على المسير وقد روي التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بهام قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفعته لأن له غرضاً في المطالبة بنفسه لسكوته أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذورا

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه بكلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بضيعته .

بخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالثائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالثائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بمبي الثمن الذي على الشفع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري إما أن يقبضه وإما أن يبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفع وفي جميع ذلك متى ادماه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفع ثمناً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والغري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيل أن كان يجمل لزمه غرم وإن كان بغير جمل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكتمى بالأشهاد قما أن ترك السفر لمجزئه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لأنه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) يجب الشفعة للثائب في قول الأكرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للثائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبتي إلا للثائب القريب لأن أئباها يضر بالمشتري ويمنع استقرارها. كما وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجدسيه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالارث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غية قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأنه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالأرد باليب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والا بطلت شفيعته، وحكم المرض والمحجوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) (فإن ترك الطلب والأشهاد لمجزئه عنها كالمرض والمحجوس ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفيعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح، وإن كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بفسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكا قال تسقط بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ويان عدم الضرر أن النفع للمشتري بالاستقلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصاحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كشفطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بهارة خشية أخذه منه ولا يدفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع لعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام يحكم لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالجلس وهو قول أبي حنيفة فحق طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد. وظاهر كلام الحنفي أنه لا يتقدر بالجلس بل متى يادر

يمنع المطالبة كالخلى وأشباهها فهو كالتائب في الاشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالريض وإن كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفسته

(فصل) فإن عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفسته بغير خلاف لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب بالشفعة أن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لعذر عذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالبرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفسته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم يلزم شهادتهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفسته لا تبطل لأن اشهاد لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبه المدلين، ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفسته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبه الحاجز عن الاشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على اشهاد واحد فأشبهه أو ترك اشهاد

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفעתه، وهذا ظاهر كلام أحد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمنع. وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالميب، فلي هذا متى آخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفעתه، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدا في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفעתه لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفעתه تبطل بترك المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا يحيوه» ثم يعاتب وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دما له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة والدما له بالبركة في الصفقة دما لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه لما قدمه (فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارم زيادة في الثمن أو نقصاً في الميسر أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري يعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفעתه)

إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه لم يرض

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يحجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو أنهما تبايعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبا إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيترك لعدم ملكه له وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة لإنسان دون غيره وقد يجاني أنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وان قال لم أصدقه وكان الخبر بمن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولها حجة تثبت بها الحقوق . وان كان بمن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفעתه . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به اليقينة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة قبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه يختاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه والكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والبدن كالحرة وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والبدن كالحرة كالرواية والاخبار الدينية والبدن من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا بما عداها فأشبهه الحر (فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بنصفه أو أنه اشترى النقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطله دون ما أظهره فيتترك لذلك فلم تسقط شفעתه كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بمضه سقطت شفעתه لان الضرر فيما أبطله أكثر فاذا لم يضر بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان بمن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون ، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به اليقينة

شفعته لأن الضرر فيها أبطله أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى (فصل) وإن لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعة لأن ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وإن قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعة لأنها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لمنزلة فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً باستحقاقها بطلت كالرد بالعيب

(فصل) وإذا قال الشفيع المشتري يعني ما اشترت أو قاسمني بطلت شفعة لأنه يدل على رضا بشرائه وتركه للشفعة وإن قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة بقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بني فلم يبره ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فإن صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يحجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بموض وههنا بخلافه

(فصل) وإن لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعة لأن ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وإن قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعة لأنه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لمنزلة فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقها إذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كالرد بالعيب ويحتمل أن لا تبطل كما إذا ادعت المعتقة الجاهل بملك الفسخ

(مسئلة) (وإن دل في البيع لم تبطل شفعة) لأن ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لأنه أراد البيع يأخذ بالشفعة (مسئلة) (وإن توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعة بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لأنه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن يأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجوز أخذ الموضع عنه كخيار الشرط وبطل ما قاله بجوار
الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بموضع وهنا بخلافه

(فصل) وإن قال أخذ نصف الشقص سقطت شفته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب
الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه يعضها طلب بجميعها لئلا يكونها لا تبعض ولا يجوز أخذ بعضها
ولنا أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيا لأنها لا تبعض ولا يصح ما ذكره. فإن طلب
بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا تبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالكساح، وبخلاف السقوط
فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق

(فصل) وإن أخذ الشقص بشئ مفسوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لأنه بالمقد استحق
الشقص بمنزلة ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التمين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو
أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئا آخر وتقديره ثمناً مفسوباً (والثاني) تسقط شفته لأن أخذه للشقص
بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه علماً بذلك سقطت شفته لأنه لم يبق له ملك يستحق
به ولأن الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك يبيع، وإن باع بعضه
ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لأنها استحققت بجميعة فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لا شفعة لو كمل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق على نفسه
ولنا أنه لو كمل فلا تسقط شفته كالأجر ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل بل ينتقل إلى الموكل ثم لو انتقل إلى
الوكيل لما ثبت في ملكه إنما ينتقل في الحال إلى الموكل فلا يكون إلا خذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة
فلا تؤثر لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفته راضياً بنصفه فلم يؤثر كماله وكله في الشراء من نفسه، فلي
هذا لو قال لشريكه بم نصف نصيب مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من
نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وإن جعل له الخيار فاختار أمضاء البيع فهو على شفته)

إذا شرط للشفيع الخيار فاختار أمضاء المقدم أو ضمن المدة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي
وقال أصحاب الرأي تسقط لأن المقدم به فأشبه البائنه إذا باع بعض نصيب نفسه

ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والقو عن الشفعة قبل
تمام البيع وما ذكره لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان وبطل بما إذا كان المشتري شريكاً فإن اليمين
تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وإن أسقط شفته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

إذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في اليمين أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالكساح والرق وكما لو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك اذا بقي للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لأنه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول، وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فان الملك ثابت له يملك ان تصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه منزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والاول اقبس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالمصدق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فلي هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني اذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين، فاما ان باع الشفع ملكه قبل علمه بالمبيع الاول فقال القاضي تسقط شفته أيضا لما ذكرناه ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى مبيعاً فلم يعلم به حتى زال أو حتى باعه فلي هذا حكمه ما لو باع مع علمه سواء فيما اذ باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على ان الشفعة تسقط بذلك فان إسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد ما معني قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « لا يحل له إلا أن يرضها عليه اذا كانت الشفعة ثابتة » فقال ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وان شاء ترك » فلا يكون تركه معنى ولأن مفهوم قوله « فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » انه اذا باعه بأذنه لاحق له ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عوضه عليه وهذا الملقى معدوم هنا فانه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو آخر المطالبة بمدايع . ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالأبرأ مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتل انه أراد الرض عليه ليتناع ذلك ان أراد تخلف عليه المؤنة

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها تقيى، وقارن ماذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها، فلي هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عني عنه فالمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

(مسئلة) قال (ومن كان غائباً وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)

وجملة ذلك أن القائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شرح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي والنبهري وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للقائب شفعة وبه قال الحارث العملي والبياتي إلا للقائب القريب لأن اثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت ذلك كنبوته للحاضر على التراخي. ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجدسيه بالنسبة إلى القائب فيثبت له كالارث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر اذا كتم عنه البيع والقائب غيبه قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب القيمة له كما في الصور المذكورة. اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال قراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالد بالبيع

ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفته

(مسئلة) (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم

الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول طائفة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والنبهري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العملي لأن الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري، وليس للولي الاخذ لأن من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالأجنبي

ولنا عموم الأحاديث ولأنه خيار جيل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالبيع، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذ بها كما يرد بالبيع، قولهم لا يمكنه العفو يطل بالوكيل فيها وبالرد بالبيع فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولأن في الاخذ تحصيل الملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتقرير في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولأن العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم القائب، وبه يطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحارثي سواء عفا

ومتى علم حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحجوس وسائر من لم يعلم البيع لمذبحكم النائب لما ذكرنا
﴿مسئلة﴾ قال (وإن علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم النائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار غيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في النائب له الشفعة إذا بلغه أشهدوا لأفليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الاشهاد لانه إذا ثبت عنده فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك قبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للمنزوق وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالأشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كترك الطلب مع حضوره، وقال القاضي إن سار غيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتدل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والضرعي وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال الضرعي له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحرقي ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبهه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم ينف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكام بعض أصحاب الشافعي عنه لأن المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يمكن فلم تسقط بترك غيره كالنائب إذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد إن تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن الولي فعل ماله فعله فلم يحجز للصبي نقضه كالرد بالميب ولانه فعل ما للصبي فيه حفظ فصح كالاخذ مع الحظ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بفعل الولي عنها في الحالين لأن من ملك الاخذ بها ملك الغفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولي عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالأبراء وخيار الرد بالميب، ولا يصح قياس الولي على المالك لأن للمالك التبرع والبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فإن كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بشئ من المثل وللصبي ما يشتري به المقارن لم يملك الاخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك الغفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملك الولي كالرد بالميب

لعذر أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لعذر عن سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيشتر له ما يشتر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالأطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل شفته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبه المدين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدا لم تبطل شفته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشبهه وأترك اشهاد (فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الحرفي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالخاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجبين (أحدهما) لا تسقط شفته لان له غرضاً بأن يطلب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في إحدى الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيماً بغير عيه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة لولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يدفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيماً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والمقص الذي يشتر به يزوال الشركة أو لان الضرر الذي يدفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحاقته ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الا بام قباع لاحدم كصياً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا لزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بضيقه والتوكيل أن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته منه ويخاف الضرر من جهة ما كفى بالاشهاد. فأما أن ترك السفر لجزء عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لأنه معذور فأشبه من لم يعلو وإن لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يتم المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهاها فهو كالثائب في الاشهاد والتوكيل وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظاهراً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمرضي فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها

(مسئلة) قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني باليمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجملة ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كالأول

كالشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ للثمة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ للثمة بالشفعة مع الحظ للثمة لأن الثمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه. لا يكون المشتري لا يوافقته ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف يمه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإن رجع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فالوصي الأخذ حينئذ لعدم الثمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم الثمة، وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لولي الأخذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر

(فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على الراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير حينئذ وكذلك أخذ الثائب بها إذا قدم، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها الأمر بحاله لم يملك ذلك كالمعطل ابتداءً، وإن صار فيها حظاً أو كان مصرراً عند البيع فأيسر بعد ذلك أن يبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط للصبي الأخذ بها إذا كبر فخبرها حكم ما في الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً فهو كالوفاة الكبير عن شفعته

كان أحد الموضين في اليوم معياً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، ففي تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه قال شفع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفع في المقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينسخ المقدان الآخرين وله أن يأخذه بالثاني وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينسخ شيء من المقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراء بعشرة ثم اشتراء الثاني بمشرين ثم اشتراء الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والمزني وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفه فاما المنفى عليه فحكمه حكم الغائب لأنه لا ولاية عليه وكذلك المحجور، فلي هذا فنظر أفاقته وأما المغلس فله الأخذ بالشفعة والغفوعنها وليس لغيرائه الأخذ بها لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجبارها على الفول لأنه إسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في غيرها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه بالواشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الترماء به سواء أخذه بوضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبهه بالواشترى. وأما المكاتب فله الأخذ بالترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من العبد له الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عقابها لم ينفذ عفوه لأن الملك للسيد ولم يأذن في إبطال حقوقه، فإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لأن السيد الحاجر عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فسقط بإسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع بما يجب به الشقة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وان كان مما لا يجب به الشقة فهو كالحبة والوقف على ما سذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان تصرف المشتري في الشقة بما لا يجب به الشقة كالوقف والحبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر الشافعي فسخ ذلك التصرف وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بها فإن ملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفيع أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يطل حقه ، ولا يتمتع أن يطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فانه اذا مات رد الوقف الى الورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال التثاق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشقة فيما اذا تصرف بالوقف والحبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشقة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شقة فيها ولان في الشقة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشقة هنا يوجب رد الموضع الى غير المالك وسلبه عن المالك فاذا

ولنا انه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيا لانها لا تنبض ، ولا يصح ما ذكره فان طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا ينبض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالشكاح بخلاف السقوط فان الجميع ينسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فان أخذ الشقص ثمن منسوب فيه وجهان (أحدهما) لان سقط شقته لانه بالمقدار استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط الثمن وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه ما لو أخرج الثمن او ما لو اشترى شيئاً آخر وتقديفه ثمناً منسوباً (والثاني) يسقط لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فسقطت الشقة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وان كانا شفيعين فالشقة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرهوض).

ظاهر المذهب ان الشقص المشفوع اذا اخذه الشفيع قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والسنبري واسحاق وابوعبيد وهو احد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية انه يقسم بينهم على عدد الرهوض اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن التنخي والشعي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فاذا اجتمعا تساوا كالبنين في الميراث والشفيعين في سرياية التثاق ولنا انه حق يستفاد بسبب الملك فنسكن على قدر الاملاك كالفلة ودليلهم ينقض بالابن والاب او

(المنفي والشرح الكبير) جعل الشقص المشفوع صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا يسقط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده وفيه عقد
ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه
ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له
كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فإن جملة صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبني ذلك على الوجين في
الأخذ بالشفعة، فإن قایل البائع المشتري أو رده عليه بسبب فلا شفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة
لان حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معهما، وإن تخالفا على الثمن وفسخا البيع فلا شفيع أن يأخذ
الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق
الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها
ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصاً ببسب ثم وجد بائع الشقص بالمبدع عيياً فله رد المبدع واسترجاع الشقص
ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع اضراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي
استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبالقرسان والرجالة في النسيئة وباصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله عن دين احدهم أو الثلث عن
وصية أحدهم، وأما الاعاق قلنا فيه منع وإن سلم قلنا أنه أنلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالتجاسة
تلقى في مائع، وأما النون فانهم تساووا في السبب وهو البتة فتساووا في الارث بها نظيره في مستثنائنا سواي
الشفعاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع
أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها
قسمت السهم المشفوع عليها ويصير المقار بين الشفعاء على تلك المدة كما يفعل في مسائل الردفني
هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهران
وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير المقار بينهم أثلاثاً لصاحب اثنتي ثلثه وللآخر ثلثه
وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة وأربعها وللآخر ربعها وإن
باع صاحب السدس كانت بين الآخرين خمسة لصاحب النصف ثلاثة وأخماسه وللآخر خمسه هذا
على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب
النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع
وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثنتان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس
فصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفص عيأ فردة

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود الميب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت ، وبغارق ما إذا كان الشفص ميباً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشفص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافتراء فان لم يرد البائع الميب حتى أخذ الشفيع كان له رد المبد ولم يملك استرجاع الميب لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن برجم بقيمة الشفص لانه بمنزلة النافذ والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة المبدفهل يتراجان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة المبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالميب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته ميباً لانه انما أعطى عبداً ميباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشفص فاذا قلنا يتراجان فإيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع المبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعة لم يكن للآخر ألا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجهة ذلك أنه إذا كان الشفص بين شفعا فترك بعضهم فليس للباقي إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراً بالمشترى بتبويض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفماً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة وموثة القسمة فاذا أخذ بعض الشفص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعا غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لان اليوم مطالباً سواء ولان في أخذه البعض تبيضاً للشفعة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركؤه لان في التأخير ضرراً بالمشترى فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان عفا الشفص في يد الاول تمام منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منها لانا انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

(المنهي والشرح الكبير) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه إنما دفع اليه قيمة المبد غير مبيع، وان أدى قيمة مبيعاً رجح المشتري عليه بما أدى من ارشه وان ضاع عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفعير عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم القدر، وان ماد الشقص الى المشتري يبيع أو هبة أو ارت أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فأدى قيمته ثم قدر عليه فانه يرد له لأن ملك التصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص ميلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه يبطل البيع وبطلت الشفعة لانه تنذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالمبيع وان كان الشفعير قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقصاً بمبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفعير قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائتم ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفعير والتبايعين، فان أقر التبايعان وأنكر الشفعير لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد المبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فما في يده تمام متصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالهبة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليها والنائب عنها في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حقه فبقي وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لم يضر وهو خوف قدوم النائب فينزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثماً كثيراً فترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبه واذا قدم الاول منها فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردهما أخذه بسبب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وانما رد نصيبه بالمبيع فأشبه ما لو رجح الى المشتري يبيع أو هبة

ولنا أن الشفعير فسخ ملكه ورجح الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو ضاع ويفارق عوده بسبب آخر لانه ماد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث وطالب بالقبضة وأخذها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كانه يشارك حال القسمة لثبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى عنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يشت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فلما ان اشترى الشقص بشئ في الذمة ثم قد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقطني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان المقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم ومطالباه بالقسمة عن النائب فقامت بها وبقي النائب على شفيعه، فان قيل وكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح بيعه وجهته وغيرها وملك الشفيع ابطاله كذا هنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على النائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر النائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه ببعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تقسم قاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة، وأما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فتجميع ما مضافه فقسمة فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبله، فاذا قدم الثالث أخذ منه

(مسئلة) قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والنبيري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن التيمي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ مائة من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك الفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كما رد العيب، قولهم لا يمكنه الفوي بطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه الفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي الفو تضييع وتقریط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان الفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم النائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يطل بالنائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحارثي أن للصغير اذا كبر الاخذ بها سواء عفا عنها الولي أو لم يف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة وللتاني سهمان وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان كان المشتري شريكاً بالشفعة بينه وبين الآخر) ولا آخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشمي والبي لا شفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها للصبي والمشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنها تساوي في الشركة فتساوي في الشفعة كما لو اشترى أجني بل المشتري أولى لانه قد ملك النقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل مزاؤه والتاني لا يصح أيضاً لانا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يجتمع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق الميراث ولو لم يكن رهنها ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان للشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو الفو

(مسئلة) (وان ترك المشتري شفته ليرجع الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

وجهة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الثمن لا يجزي ثم باعه باقية في صفقة أخرى ثم علم الشفيع
فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفته أحد، وإن أخذ
بالتاني فهل يشاركه المشتري في شفته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب
أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملك الذي اشتراه أولا (والثاني)
لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ملاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح؟ على روايتين (أحدهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كالأشترى بزيادة كثيرة على من المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه ما لو زوج لغيره بنير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو استرى مبيعاً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من من المثل لزيادة قيمة ما كرهه والشخص الذي يشتريه بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الايتام فباع لاحد من نصيباً في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه منهم في يمينه ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتمة فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف يمينه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشخص به فاذا

الاول شاركة في الثاني وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فان قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه ففما له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقي لشريكه وإن لم يف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وإن باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه ثلاثة أقص على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع هنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وإن كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكاً في بيع نصيبه من نصيبه فباعها لرجل واحد فله شريكها بالشفعة فيها، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان المالك اثنان ففما يمان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى المقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدها تبطل الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد، وإن وكل رجل رجلين في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولم يتركه فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لانها مشتريات أشبه ما لو وليا المقد، والفرق بين هذه الصورة (المنفي والشرح الكبير) (٦٣) (الجزء الخامس)

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حيثئذ لعدم التهمة، وان كان مسكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليّه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير حيثئذ وكذلك أخذ النائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان مسراً عند اليم فأسر بعد ذلك ابني ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفته (فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفه لذلك، وأما الممنى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم النائب والمجنون ينتظر افاقته ، وأما المفلس

والتي قبلها ان أخذ أحد التضييعين لا يفضي الى تبعض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

(مسألة) (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبعض صفقة البائع ولنا أنها مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلتسريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للآخرين مشاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا ملك سابق ، فأما ان باع نصيبه ثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفته لانها لم يكن لها ملك حين يسه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لفرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس بمجبور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في غيرها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الفرما به سواء أخذه برضام أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيدته الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من السيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيدته ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان السيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فأشبهه شراءه من نفسه

نصيب اثنائي وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدهما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفته فكذلك اذا لم يف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فلي هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فله شفير السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربه السدس الثاني وخمس الثالث والمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو بلى وهو ظاهر مذهب الطائفة لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم، ولاننا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يقيد بإباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك ييم في شركته شخص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يتدفع عنه بالشفعة كالطلاق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإلّا لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها ييم وهو مما لا يجوز ييمه

(مسئلة) قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجعلته أنه يتصور بناء المشتري وغرضه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم النائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم النائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهماً للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرءوس فالمشتري الاول نصف السدس الثاني ثلث الثالث وثلثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وثلث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أربابا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شركتهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم ييم الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث للشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربح الاول للشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانها مالكان حال اليم (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربح لان له شريكين فصار له الربح مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منهما نصف لانه شريك في شفعة يبع واحد وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقطين من دارين صفقة واحدة للشفيع

المشتري قلع غرسه وبناؤه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلمه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبني في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله عن، وظاهر كلام الحرفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لخراج دينار منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه الا ذكره فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبي وسوار واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بني فيما استحق غيره أخذه فأشبهه الناصب ولانه بني في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بادت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بني في ملكه الذي يملك يعم فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه فانه بني في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين)

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث قبض صفقة المشتري ولنا أن عقد الاتين مع واحد عقدان لانه مشتري من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به وهذا يفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها مما لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركها لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو متفوض النافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختار شفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا ملك قلمه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلمه ولم يذكر اصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها القراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة القراس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ماقص منه ان اختار القلم لان ذلك هو الذي زاد بالقراس والبناء ، ويحتمل أن يقوم القراس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنع من قلمه فان كان لقراس وقت يقطع فيه فيكون له قيمة وإن قلم قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتاله ، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(فصل) وإن زرع في الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائتم فكان له بقى الى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر عمر ظاهر أقر في ملك المشتري فهو له بقى الى الجذاذ كالزرع

(فصل) واذا نوى للمبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون مائة متصلا كالشجر

الشفص الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه (مسئلة) (وإن باع شقصا وسيافاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز) اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد والضرر اللاحق بالمشتري هو الحق بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبت فيه الشفعة وما لا ثبت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له فني أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) (وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

إذا كثر أو ثمة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فثبت الأصل كما
لورد بيب أو خيار أو اقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا
لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالمين وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط
حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائم ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه
المحصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلم المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري
لاحق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ
الشفيع من المشتري شراءً ، أن فيكون حكمه حكم ماله اشترى برضاه ، فإن اشتراء وفيه طلم غير مؤبر فأبره ثم
أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، وبأخذ الأرض والنخيل بمحضتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً
(فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف
في يده ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف
بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه لبناء أو بغير اختياره مثل
أن انهدم ، ثم إن كانت الانقراض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ
العرصة وما بقي من البناء ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعمري

الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل
آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ، ثم إن كانت الألباض
موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العوض وما بقي من البناء ، وهذا ظاهر كلام
أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعمري وأبي يوسف وقول للشافعي ، وقال ابن حامد
إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كانهدم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس
للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لأنه متى كان النقص بفعل
آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه
أضراراً به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا أنه تضرر على الشفيع أخذ الجميع وقد رعى أخذ البعض فكان له
بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في القدر
فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر قائماً حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه
الشفيع يؤدي عنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وأما قلنا يأخذ الألباض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه
كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ماله إلى الانفصال وانفصاله بمذلل لا يسقط
حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن ماله إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد
انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو بترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء . فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تمذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كالوئلف بفعل آدمي سواء أو كالأخذ بغير ذلك كان له شفيع آخر ، أو قول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والقي بأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الاقراض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤثرة إذا تأخرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو التبرك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

﴿مسألة﴾ (قأن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما .

﴿مسألة﴾ (قأن ادعى كل واحد منهما السبق فتعالفا أو تمارضت يتساهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلاً متى ملكتهما؟ قأن قالاً ملكتهما دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا أحدهما يئنه بما ادعاه قضي له وإن كان لكل واحد منهما يئنه قدم أسبقهما تاريخاً قأن شهدت يئنه كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تمارضاً ، وإن لم يكن لواحد منهما يئنه سمعنا دعوى السابق وسألتنا خصمه قأن أنكر قال قول

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان الشراء وقع بين أو ورق أعطاه الشفع مثل ذلك ، وإن كان عرضا أعطاه قيمته)

وجعلته أن الشفع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لا روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفع إنما يستحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفع استحق أخذه بغير رضى مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل جهة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا قلنا ننظر في الثمن فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفع مثله ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان قلنا الشفع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تنجب ههنا لأنها تنجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فقدره الأخذ فلم يجب كأرض جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

﴿ مسألة ﴾ (ولا شفعة بشركة الوفاء في أحد الوجهين)

ذكره القاضي ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تنجب به كالجوار وما لا ينقسم ولا تان إن قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يبيع إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك يبيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقت لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فحطبها مسجداً فقد استهلكها (الجزء الخامس) ٦٤ (المغني والشرح الكبير)

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا ياخذ الشفع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في احدهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبذل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ولو تباعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفع لان حق الشفع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغير يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبرها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفع دون الزيادة ، وإن كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي ما يكون مما أخذ به ، وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد اتمام العقد فلم يثبت في حق الشفع كالزيادة ولان الشفع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بشيء عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفع أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه ولا يمنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لم يبطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك بعد الهبة المفسوخة

(مسئلة) (وان باع قله الاخذ بأي البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)
إذا تصرف المشتري في البيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفع ، وان أضربه كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبهه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فأنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة بهذا قال الشافعي ، رحي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكم وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفع بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضمينا مليئاً وأخذ وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بشمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفع والقدم لا تتناول وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاث يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فحق تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع فللشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان بايع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالثاني وينسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود ، فإذا أخذ من اثنان دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقداً آخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه اثنان بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من اثني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والسنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفع كزيادة القدر ، وماذ كروه من اختلاف القدم قاتنا لانوجها حتى توجد الملاءة في الشفع أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافها فيها وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بساعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها ، ومتى أخذ الشفع بالاجل فبات الشفع أو المشتري وقلنا محل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا معه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون مانعه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب الشفعة لثلاث تتبع بعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به فأشبهه ما لو أراد الشفع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما قلنا

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد وما يلحق المشتري من الضرر فهو الحق بنفسه بجمعه في العقدين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا تثبت ولأن في أخذ الكل ضررا بالمشتري أيضا لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف أنه فني أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسألة) وإن فسخ العقد بسبب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه وبأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع

إذا رد المشتري الشقص بسبب أو قابل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والاخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الاخذ معها فإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يطل حق الشفع بذلك وله أن يطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصا بمبدئ ثم وجد بانه الشقص بالمبدع عينا فله رد المبدع واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفع لأن في تقديم حق الشفع إضرارا بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والدفعه ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفع في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تقايضه كما لو وجد المشتري بالشقص عينا فرد

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، وإن ارق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذا ويقمما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويخرج أنه لا شفعة له كالشفعة التي قبلها وليس له أخذها معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيها واحداً فله أخذها وتركها لأنه شريك فيها ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيها لأنه أمكنه أخذ للمبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين قترك أحدهما شفيعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضمينا لم يلزم للمشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

الشقص معاً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا قاعدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة قافراً ، فإن لم يرد البائع العبد المبيع حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معياً لأنه إنما أعطى عبداً معياً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يراجعان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء . لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب وإن أدى قيمته معياً رجح المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسحه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن ماد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارض أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا أنه تلك المبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا نسخ الحاكم الاخذ وردده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فلك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالمعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم بغيره الى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص ميكلاً أو موزوناً قتل قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالمعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بعد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح وأما الباطل فوجوده كعدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولها عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويقبض الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن ، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا بشرع فيها ما ينفضي إلى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا ينفضي إلى هذا الضرر ، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وإن فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدع ، وقال أيوب السخيتاني أنهم ليخادعون الله كما يخادعون صبيًا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئًا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصًا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبدا قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصًا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع بقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو بعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما إن اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فإن مستحقا كانت الشفعة واجبة لأن البيع صحيح ، فإن تمرد قبض الثمن من المشتري لأعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع وبقدم حق الشفيع لأن بالأخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمنا فزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والنقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع ألقني فأقاله لم تصح الأقالة لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فإن باعه إياه صح لأن المقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسألة) (وإن أجره المشتري أخذه الشفيع وله الأجر من يوم أخذه) لأنه صار ملكه بأخذه .

(مسألة) (وإن استغله المشتري فالقالة له) لأنها عام ملكه

(مسألة) (وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري بمقتضى الحصاد والجذاذ)

إذا زرع المشتري الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى الحصاد لأن ضرره لا يباقي ولا أجرة عليه لأنه زرع في ملكه ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى إلى الحصاد بلا أجرة كثير المشغوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أمر في ملك المشتري فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزراع

قراضه او جوهرة معينة او سلعة معينة غير موصوفة او بمائة درهم ولو لؤلؤة واشياء هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة ، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنائير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجودا وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال اصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار » وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قمارا في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جملا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يمتثل أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها واستدل اصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا تركبوا ما ارتكبت

(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) ان يكون عماء متصلا كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فأن الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو ورد بيب أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلم المؤبر والثمرة الناهرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس التخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء فان فيكون حكه حركه ما لو اشترى برضاء وان اشتراه وفيه طلم غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والتخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿ مسألة ﴾ (وان قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الفراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)

وجهة ذلك أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود قد استحلوا محارم الله بأذى الحيل ، وقال النبي ﷺ « لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعورها جلودهم ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله) والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسح الله تعالى القدين اعتدوا في السبت قرصة بحيلتهم فانه روي أنهم كانوا ينصبون شبابهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فسخمهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى (فحملناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا تحمل الخديعة لمسلم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلوسقطت بالتحيل لحق الضرر فلم يسقط كالمو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله

إذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائهما يساري عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبيى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم النائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم النائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلم غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك بما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الحنفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كالمو كسر عجرة غيره لاجراج دينار منها ، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يختر المشتري القلع فلا شفيع الحيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشافعي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبهه الناصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه مالو كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه أنما فر بما طالبه بذلك فزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة القور على البائث لانه اشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لانه قد لا يجب له الاخر شيئا ، فان خالف أحدهما مانوا طأا عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا ، فاما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعمل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانوا طأا عليه لان صاحبه انما رضي بالمقد لا نواطؤ فم فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجله أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشترته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدموى بغير بينة وهذا قال الشافعي ، فان قيل فها قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالمصاحب والمثلث والضامن لنصيب شريكه إذا اعتق قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لا شيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف المصاحب والمثلث والمعتق ، فاما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واصله نفي عن يمينه وبثبت ذلك بشاهد وبمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولانه بني في ملكه الذي ملك يمينه فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فانه بني في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوبا لانه لو وجبت قيمته مقلوبا لوجب قلمه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلمه ، ولم يذكر أسحابتنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مفروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذة بالقيمة اذا امتنا من قلمه ، فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلم قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة ، وان غرس أو بني مع الشفيع أو وكيه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(مسئلة) (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين والمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائث لأنه إذا شهد للشفيع كان منهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة احتمل تعارضها لانهما يتنازعان فيها وقم عليه العقد فيصيران كمن لا بيعة لها ، وذكر الشريف أن البيعة بينة الشفيع وبقتضيه مذهب الحنفي لأن بيعة الخارج عنده مقدمة على بيعة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه البيعة بينة المشتري لانها ترجح قول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع ، وبخالف الخارج والداخل لأن بيعة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البيعة تشهد على نفس العقد كشهادة بيعة الشفيع

ولنا أهميتان تعارضتا فقدمت بيعة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما

(فصل) وإن قال المشتري لا أعلم مبالغ الثمن فاقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بشئ نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، فإن ادعى أنك فعلت ذلك فحجلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فإن اشترى شقصاً بمرض واختلفا في قيمته فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وإن تعذر إحضاره فاقول قول المشتري كالأول واختلفا في قدر الثمن ، وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك أن الشفيع إذا باع ملكه طالما بالحال سقطت شفعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه فبعضه وخجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لأنها استحققت بجميعة ، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لأنها لا تتبع فسقط جميعها بسقوط بعضها كالحق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، والمشتري الأول الشفعة على الثاني في المسئلة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يؤخذها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والأول أقبح فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالعقد قبل الدخول والشقص الموهوب لولي . فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فاما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي تسقط شفعته

فبما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان اختلفا في القراس والبنا. في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه وأنكر الشفيع
 فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك
 (فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء. أنك اشترت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه
 يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والتمن ويدعي الشفعة
 فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه ، وان أنكر وقال انما اتهمته أو ورثته فلا شفعة لك فيه
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برمي. وان نكل قضي عليه وان
 قال لانه تحقق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل
 وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها)
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه الحاكم
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن
 تبري. منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتبة فادعى أنه حرام اختار هذا القاضي وهذا
 مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى
 سيده تحرير ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابرأ. مما لا يدعيه والوجه
 الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى معييا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم مالو باع
 مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعة لانها ثبتت له ولم يوجد
 منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان يمينه دليل على رضاء
 بتركها . فعلى هذا للوائح الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فله المشتري الاول أخذ
 الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولهما)
 ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك
 (مسألة) (وان مات بطلت شفعة إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجه ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل
 إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقتوف. والخيार إذا مات
 الذي اشترط الخيार ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا وإنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس يجب الا أن
 يشهد أنني على حقي من كذا وكذا وأنا قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به ، روي سقوط
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي
 وقال مالك والشافعي والنبهري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

(فصل) وان قال اشترته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجة اذا قدم لا ننا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشترته لابني الطفل او لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :
(أحدهما) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره ببيع في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فاقاراه بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداءً لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببينته لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فاق من المبيع
(فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي بصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفّر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفته لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للذر ثم مات لم تبطل والورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحق بالشفعة فصدقه فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيها في يده وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبائع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فاقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطلب باجره من شاء منها ويستقر الغمان على الشفيع لأن المناقمة تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فاقول قوله مع يمينه فان كان للدعي بينة حكم بها وهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انزع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيهان ففعا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالأجنبي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة ففعا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا شفعة لهم لأن الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

(فصل ١) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فلي الشفع اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كالمودعي ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فلي المشتري البين انه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فكان على العلم كالبين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

(فصل ٢) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعة نصده عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائت فيأخذه الشفع منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ماله

من حق الوصي له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الوصي به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف ، ولا يستحق الوصي له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص ، وقد فات بأخذه ، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الوصي له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الوصي به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون الوصي له إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاتا تينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لاننا نعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تينا انه كان له وان رد تينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الوصي له من وجبين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له او لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلمم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الوصي به دون الشقص للمشفوع لان الشقص الوصي به اتما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو اخذها الوصي في حياته ، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الوصي له فلا شفعة له لان اليم وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق مافي يديه بالشفعة (المغني والشرح الكبير)

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم اذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا سنازع له فيها سواء وهنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشي في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فاقترقا

(فصل) واذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق مافي يديه بالشفعة سألتها مني ملكتهما فان قال ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا أحدهما بينة بما ادعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى قدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فالتقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ، وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد امتنع ملكه ، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) اذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل او مات فللشفيع اخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله او موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) واذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على رده او مات عليها تبينا ان شراؤه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول برده فاذا اسلم عاد اليه ملكا مستأنفا ، وقال الشافعي واو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فاشبهه شراؤه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة او مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام او نائبه وان قتل او مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على اسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا

(فصل) قال رحمه الله (وياخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقدان عجز عنه او عن بعضه سقطت شفيعته)

وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روى في

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بالالف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها ، فإن قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بثمن ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفوا بالشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري بمنع ذلك ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا بذلك ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ومالك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً قبل لا شفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق به بالتمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولان الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالتمن كالشترى فإن قيل إن الشفيع استحق إخذه بغير رضا مالكه فينبغي أن يأخذ بقيمته كالضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق إخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجح في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة او ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع ، إذا ثبت هذا فالتأخير في الثمن فإن كان دراهم أو دنائير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن اضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن والافسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل وإن اشترى شقصا له شفيهان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشنيع الآخر قبل عفو عن شففته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعا وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة وبخلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معا فلو ثبتت الشفعة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة، بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كاشريكين، وإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمينه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعا. فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقيل شهادة العافي، وإن شهد البائم بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله نفيه وجها (أحدهما) تقبل لأنهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء. فلهذا فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بشر اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا باحضار عوضه كدسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار البوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الاخذ وردده إلى المشتري، وكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ قال شيخنا والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه تمسك على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغيره من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع والشفعة لا تنقضي على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعب ولأن وقف ذلك على الحاكم يقضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لعدده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يقضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الاخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا يقضي إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الفرما بالثمن كالبايع إذا أفلس المشتري

(مسئلة) (وما زاد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا أن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباعا بقدر ثم غيرا

(المفني والشرح الكبير) بيان ان تقسيم الشقص على الشفعة، انما يكون بقدر حصصهم ٥٢٢

لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له ، وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعة قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والعمري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشافعي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساروا كالبنين في الميراث وكالمعتق في سرية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالقطة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجدة والجدة مع الاخوة وبالفرسان مع الرعاة في الغنمية وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار زيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفع لان حق الشفع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغير باحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد ، فلما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة تستبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك في حق الشفع وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفع دون الزيادة وان كانا عنده ملحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص ، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفع كالزيادة ولان الشفع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

(مسئلة) (وان كان مؤجلاً أخذه الشفع بالاجل ان كان مائتاً والا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه به) وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بثلثين حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدم أو الثلث عن وصية أحدم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالتجاسة تلتى في مائع، وأما البنون فانهم تساوا في التسبب وهو البوة فتساوا في الارث بها فظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشر كاهم فتأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها وبصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، وفي هذه المسئلة التي ذكر الحرقى مخرج سهام الشر كاهم ستة قان باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهران وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة وبصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فان باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فأت أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالوَجَل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاث يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلمة بمثل الثمن الى الاجل لانه إنما يأخذ بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحداً منها فلم يبق إلا اتخير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكره من اختلاف الذمم قانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيها وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فأت الشفيع أو المشتري وقتنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حله الموت فالتخص بمن وجد في حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من التليات كالحبوب والادهان فهو كالاعان قياساً عليها فيعطيه الشفيع مثلاً هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبذل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه ومعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا شتر كما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو وراثه أو اتبهاه أو وصل اليها بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء. وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى البنيتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنتين وأوصى بثلثه لابنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولما ألفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فله شفعان الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيهقي لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

عما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كالو جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالثمن وما ذكره لا يصح لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته قائماً تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لا حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذ بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائت فلا يكون للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص حق المشتري

(مسألة) (وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري إلا أن تكون للشفيعينة)

إذ اختلف الشفع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا يزع عنه بالدعوى بغير يئنه وبهذا قال الشافعي، فإن قيل فهلا قلتم القول قول الشفع لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالفاصل

شر كنه مقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء ، أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما نساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه لقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشرا . هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ، ثم لا يتمتع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرحون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده ارش الجناية لأجل تعلق حق المرهن به ولو لم يكن رهنا مانعاً به . إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو أترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجري مجرى الشفعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك إذا حضر أحد الشفعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك ، فإن قيل هذا تبعض للصقة على المشتري قلنا هذا التبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقها وسيقا

والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا اعتق قلنا الشفع ليس بنارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بتمنه بخلاف الناصب والمتلف والمتق ، فاما أن كان للشفع بينة حكم له بها وكذلك أن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن بينته ويثبت ذلك بشاهد وبمين وشهادة رجل وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفع كان متبعا لأنه يطالب بتقليد الثمن خوفا من الدرك عليه ، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعا في واقع عليه العقد فيصير أن كن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن بينة الشفع تقدم لأنها خارجة ويقتضيه قول الحرق لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال صاحباه تقدم بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفع ، وبخلاف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده وفي مستأنتا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفع

ولنا أنهما يتنازعا تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا يدلها عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرها (فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر الثمن قال قول قوله لان ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراء جزافا أو بشئ نسي قدره ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

(مسئلة) قال (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجعلته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجتمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بقبض الصفة عليه والضرر لا يزال بالضرر لان الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفعين واحداً لم يجوز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفعته لانها لا تتبع فاذ سقط بعضها سقط جميعها كالتقصص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهيبة فلم يصح لغير من هو عليه كالمعفو عن القصص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لاننا لنعمل اليوم مع الباسواء ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير إضراراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى الاول لان المطالبة انا وجدت منها فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بمرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيها اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الفراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه فانكر فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف

فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع بينة؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بالقيين أخذه الشفعين بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكتسبها فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً فقيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نسي الشقص في يد الاول ناء. منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبهه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فمضى في يده ناء. منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعبرة على المشتري برجم الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبا أو قال أخذ قدر حقي ففیه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيرا فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبيه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك ويهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وإنما رد نصيبه لاجل العيب فأشبهه مالو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائنة بينة فتجافا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال التمن القان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفيعه لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع، فإن قيل فكيف نصح القسمة وشريكها الثالث غائب قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقامهما وبقي الغائب على شفيعته، فإن قيل فكيف نصح مقامتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

(فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل أقصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصم على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يده الأول وينقسمان نصفين فتصبح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثانيين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فأضرب اثنين

الشفيعين مما خلفا ثبتت الشفعة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، فإن شهد أحدهما بغيره أو أحدهما بغيره واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت، وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله قبلت في أحد الوجهين لأنها سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لأنه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه وفاؤه وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئله) (وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أهبته أو ورثته فالقول قوله مع عينه فإن نكل

(الجزء الخامس)

(٦٢)

(المغني والشرح الكبير)

٥٣٠ إذا اشترى رجل شقصاً من رجلين فلاشفع أخذ نصيب أحدهما قطع (المغني والشرح الكبير)

في تسعة تكن ثمانية عشر لثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة ، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللول والثالث أن يقول نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة بصير الجبيع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة ولثاني سيمان وتصح من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً فلاشفع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك أثلاً تتبع بعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشتري من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان لاشفع أخذه كما لو أفرد بهم وهذا يتفصل عما ذكرناه ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فلاشفع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض تتبع صفقة البائع ولنا انها مشتريان تجاز لاشفع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكرناه لانسله على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً ، فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود ولاشفع أخذ الكل أو ما شاء منهما

أو قامت للشفيع ينة فله أخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئه منه) وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه النقص ويذكر قدر النقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فإذا ادعى مثل المدعى عليه فإن أقر لزمه وإن أنكر وقال إنما أهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن حلف برىء وإن نكل قضي عليه وإن قال لا يستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه وبكور يمينه على حسب بوجه في الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإذا أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقره دار فأنكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبرئه منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة قاعدى أنه حرام ٢ - ره القاضي، وهذا يفارق المكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه ، فلا يبرء ، ذلك بمجرد دعوى سيده تحريراً ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفع بشئ فلا ينبغي ان يكلف الإبراء مما يدعيه والوجه الاول أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع شقصا ثلاثة دفعة واحدة فليشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منها منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بهلاك سابق ، فأما إن باع نصيبه ثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركتة في شفעתه لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركتة لذلك ويشاركه الاول في شفעתه لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . وبمحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملأهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكا مكملا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركتة إذا عفا عن شفעתه فكذلك إذا لم يعف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول أخذ

(فصل) فإن قال اشترته لفلان وكان حاضرا استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وإن قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجة إذا قدم لا تنا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لأن كل مشتر بدعي أنه غائب ، وإن قال اشترته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لأنه لإيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) ثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بسبب في بيعه ، فاما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لأن الملك ثبت لها باقراره به واقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لها بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطلب بيانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب قادعي الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فللشافيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشافيع الاول مائة وسبعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الروس فللشافيع الاول نصف السدس الثاني وثالث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسم فتصح من ستة وثلاثين للشافيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم بعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما منزول يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فاذا قلنا بشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائيم والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة يبيع واحد وتصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه للشافيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه أنك بت نصيب النائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كاتقار البائع بالبيع فإذا قدم النائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشفع لان المنافع تلفت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجوع على الشفع وان طالب الشفع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أوكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على النائب لان القضاء هنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه انزعاع الشقص من يده فحصل القضاء على النائب ضمنا ، فان لم تكن بينة وطلب الشفع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على النائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته جنصبيه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخيه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشارك في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرءوس فاذا قلنا يشاركه فعنا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلثة أثمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو براء. لثلاثة أنفس على ما شرعناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فشرى بهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فملى الشفيع اقامة البينة بالثبوت وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت بمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فملى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعه فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيلخذه الشفيع لانها شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما يباعان فكان له اخذ نصيب أحدهما كالو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري فلم يجز كلكا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولو كله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

(مسئلة) قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني ان الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا لرجوعه بالبائن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجدته معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارض منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى عثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له باليجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع فعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدة عليه

حلف أبي ما اشترت الدار فقال من كانت الدار ملكة أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الخث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقرها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وهما من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

(مسئلة) (وان كان عوضاً في الخلم والصداق والصلح عن دم العمد وقلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة يبدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسعة لا مثل لها ولاتا لو أوجينا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكام الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول المكي والشافعي لانه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البديل إذا لم يكن تقدراً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت الهبة عليه كما لو أخذه منه يبيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فلك رده عليه بالعيب كما لمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحدثت به .

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذ بالثمن الذي استقر على المشتري ، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذه علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كما لمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبهه ما لو رده على البائع ، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قميصين ففقد أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال انشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن يجب) لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لما أولاً أحدهما وحده أو كليهما كان ، وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البائع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فتد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كاللذهيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب الهبة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فإما متنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشارع على السواء ، وقارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلمة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار علماً يبيع الأول سقطت شفيعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفع منه ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي يذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم فلا شفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أو لا ، وان أخذ الشفع أرشه من المشتري فلم يشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فإذا أخذه فان كان الشفع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفّر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلّسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية ان علم الشفع باشرط البراءة فخكه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشترئ ان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فخكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفع

(مسئلة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجهة ذلك أن الشفع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقتدوف ، والحيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الاشياء انما هي بالطلب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بضمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المهرن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة حباة الوصية في الوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر الحباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحباة فاحتص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهدني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لالفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل لتمليك أشبه بخيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها ، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب واريثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الروس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعة ، إذا عفا بعضهم عن شفعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع ببعض الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحياة له فإن أجازوا الحياة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن ، وإن ردوا بطل البيع في قدر الحياة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردم لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجري مجرى العيب إذا رضيه الشفيع بعينه

(فصل) إذا كان المشتري أجنياً والشفيع أجنياً فإن لم تزد الحياة على الثلث صح البيع والشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخساً فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحياة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً فقيه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن الحياة وقمت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في الحياة ، ويفارق الهبة لغير الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بعينه لامن حبة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه ما فترقا . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كعذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لأفضائه إلى إبطال الحياة إلى الوارث (المغني والشرح الكبير) (الجزء الخامس) ٦٨

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها لعذر ثم مات لم تبطل وكان لورثة المطالبة بها نص عليه أحد لأن الا شاهد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطالب

(فصل) وإذا بيع شقص لشفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي ، وكذلك تنفذ رجل أمها وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاءه بإبائه عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا أنه بيع في شركة ما خلفه ، وورثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هي للورثة بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل فرعه وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بحجة الأخذ من المشتري فأشبهه به غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بجميع الثمن بمنزلة حصة المقابل للمحاباة لأن المحاباة بالنصف مثلاً حصة للنصف وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة حصة النصف ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل لأن الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) أن البيع يبطل في قدر المحاباة وهو فاسد لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشقوقاً

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو بملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثن معلومين ولا يقتصر إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل إلا بحكم حاكم لأنه نقل للملك عن مالك إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يقتصر إلى حكم حاكم كالرد بالمعيب وهذا ينتقض ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فملكه بالأخذ كالثمن والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الأخذ لأنه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد ما لا يصح لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالموت بعد

دينه فلا شفعة أيضا لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد يسلم ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالتلف ولا يستحق الموصى له بدل لانه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه

ولو وصى رجل لانيان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للموصى إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لانا لانعلم أن الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ، ولا يستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ، ويحتمل ان لم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه أن يقبل ثم يطلب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شفيعان فطلبنا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه ، اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجع المبيع لبيب في ثمنه أو الثمن لبيب في المبيع وان كان الثمن مجبولا أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيستبرأ لم بالمعوض كاستراليوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسألة) (وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين (أحدهما) تجب

الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يكن الاخذ منه ، ووجه الاول ، أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فبطل هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ذلك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يأخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته ، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه (فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه بالشراء. وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف ، فإن قتل على رده أو مات عليها تبين أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبين صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين ونجس الشفعة فيه ، ومبني الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراء غيره ، وإن ارتد الشفع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع حكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفع ومقصود الشفع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في الحكمة ، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه دنة في قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه ، ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالثمن عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالثمن عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقرراً قبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري أما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفع ثمناً ما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (وعهدة الشفع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعتها كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب وإلا فلا

﴿مسئلة﴾ قال (وإن اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والنبتي وأصحاب الرأي ، وروى عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بينها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « ولا يحمل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحمل له أن يبيع حتى يستأذن

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى والنبتي عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تمرد قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهة فكانت عهدة عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كالأخذ منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فذلك رده عليه بالبيع كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهدة على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالبيع حكم المشتري من المشتري فإن علم المشتري بالبيع ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكة فان شاء أخذ وان شاء ترك « ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون تركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بأذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه لإحسان اليه في عرضه عليه وهذا المغني معدوم هنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخرج المطالبة بعد البيع

ووجه الاول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبراه بما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه لابتاع ذلك أن أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفخته

(فصل) إذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفخته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية أن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو كيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفخته كالاخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل إنما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه طامبا بيه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبهه ما ورد على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ينزل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يسلم فللشفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفيع أرضه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان التميم لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يثبت حقه ، وان أسقطه عن المشتري وفر عليه كالموكل زاد على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بيع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبتت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل.

(فصل) وان ضمن الشفيع العدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختر امضاء العقد لم تسقط شفعته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم فاشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه. ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه.

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة مقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشتري به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجني كانت الشفعة مستحقة بينهم أعماسا لرب المال خمسها وللعامل خمسها وللمضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالميب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشرط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا البراءة وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ماو علمه المشتري دون الشفيع.

(مسئلة) (وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال ليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، ويؤبوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كالأخذ من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرّف فيه بنفس العقد فصار كالمقبض المشتري والله أعلم.

(مسئلة) (ولو ورث اثنان شقفا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخض بشركته من شريك أبيه لا شتراكما في سبب الملك.

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد لان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما
(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم يؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفעתه، وان أخذ نصف المبيع فذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفעתه فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفעתه كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقربا ضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفעתه وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فلا ينبغ أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته إنما انتهت وصدة الآخر انه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أو انبأه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فباع أحدهم عن اثنين فباع أحد العيين نصيبه فالشفعة بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثة لاثنتين فباع أحد الشريكين الوصين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(مسئلة) (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام «لا يخل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالمسب ولنا ما روى الدارقطني في كتاب الملل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يخص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعتراقه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا عتاف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عتاف عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي فذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن لشفعة ومالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فاشبه ما لو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاء فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح منه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشراء ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم يلزمه فيه شفعة وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنفذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولا بد ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق التبرك المسلم وليس الذي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذي لمعوم الأدلة ولأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان ثبت على الذي مع دناءته أولى

(فصل) وثبت للذي على الذي لمعوم الأخبار ولأنها تساوي في الدين فثبت لأحد هما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن جرى التقاض بين المتبايعين دون الشفع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خراً لأنها مال لهم فاشبهه بالو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولنا أنه عقد بخمر فثبت فيه الشفعة كالمال وإن كان بين مسلمين ولا نه عقد بضمن محرم أشبه البيع بالخنزير والهيئة، ولا سلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرم الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وأما لم ينقض عقدهم إذا تقاضوا لا تلتا لا تعرض لما فعلوه عما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقاض ففسخناه. فاما أهل البدع فثبتت الشفعة لمن حكنا باسلامه منهم كالفاسق بالأفصال لمعوم الأدلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكر

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتربه لأنه لا شريك له في شففته ، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريك في شففته ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم يرجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعدين أخذ جميع مافي يد الثاني وربع مافي يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن وذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كما يعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبتت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن المصر وعموم الأدلة واشترأ كما في المعنى المقضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لازي في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين التامين الا ان يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فإن قل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء قد حكه

(مسئلة) (وهل يجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتره من مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلاثة نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلاثة من الثاني ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتهما بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك وبصير في يده اثنا عشر وهي اثلاث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعة وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو ثلثها وإبراهيم سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها ، فإن تركها فرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالأذن له ، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شقيقه ولا ربع في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره ، وإن كان فيه ربع وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كره المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا ، فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فاشبهه شراءه من نفسه

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بالقب فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فمما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماساً لرب المال خمساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال أما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين

ثالث الدار ثم باع عمراً مدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثالث وهو ثلثاه وذلك تسعاً الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذ شفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه لزيد ثلث شفته فيقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً لعمرو وثلثاها بشفعة ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل زيد اثنان وثلثاها سهماً وبكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينهما وبين زيد أثلاثاً وبحصل لعمرو أربعة أنساع الدار لزيد تسعها وبكر ثلثها وتصح من تسعة وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيع إياه لعمرو والأأن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثلث لاجنبي فله عمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفته، وإن أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ النصف انبثق على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفته كلها لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتدل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فلا يفيج أخذ الباقي لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فإن قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما آتيته وصدقه الآخر إن اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بمطوئها، ولو توكل أحد الشفعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسم وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ونصف أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلث أربعة أنساع مبيعه ، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باع فيها ثلاثة أوجه أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين يبعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما تزيد تسعة ولبكر خمسة لأن زيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضعناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكر أ بالسهم المستحق بالشفعة شيئا لأن الملك عليها غير مستقر (والثالث) أن غافلهم عن الشفعة استحقوا بها وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وإن غافل عن بعضهم دون بعض استحق للمغفوع عنه بسهامه دون غير المغفوع عنه ، وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو وهو بمنزلة المغفوع عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال ، وخرج الى الاملاء

اليوم وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر ، وإن اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفعنا الى حاكم نحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر بل أنها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق (فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فأنكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ردفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي هذا الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استغنى به بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيها فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفعته وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المير

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك ، وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك أن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار والرابع الربع بمجاءه ، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب بشفعة مبيعه بينه وبين شقيقه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه اثنان نصفين فيحصل للمعو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلقير العافي ربع وسدس والباقي بين العافين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفעתه ، ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الاول ، ويرجع المشتري الثاني على الاول برجع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول برجع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمانه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينها فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربه ثم باع ربهما ما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه وإن أخذ بالبائع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

(مسألة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والنعيرى وأصحاب الرأي لعدم قوله عليه السلام « لا يملك له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلق بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لا شفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب لذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البيان بحقيقة أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ، ولأن ثبوت الشفعة في عمل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أضعاف ويدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بنسب الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعاته ، وان أخذ بالعقدين أخذ من من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أضعاف ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أضعاف ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أضعاف الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمر أ سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه لثلاث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أضعاف تزيد ثلث شفته فتقسم بينها أثلاثا وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثها بشفعة ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي

خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمي مع دنائه أولى وأحرى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي لعموم الاختيار ولأنها تساوي في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالسلم على المسلم ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقاض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خراً لأنها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر

ولنا أنه يعم عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كالأول كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تبايعوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقاض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فدخل فيها

أشترأ سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة وأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعاً ونصف تسع تسعاً ، ويدفع بكر إلى عمرو ثلثي الثمن في اليوم الأول وعلى زيد خمسة أضعاف الثمن الثاني بينهما أثلاثاً ، فإن عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشترأ بينه وبين زيد أثلاثاً ، ويحصل لعمرو أربعة أضعاف الدار ولزيد تسعاً ولبكر ثلثها وتسع من تسعة ، وإن باع بكر السدس لأجنبي فهو كبيعته إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لأجنبي فلعمر وثلثا شفعة المبيع الأول وهو اتساعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثيهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخسين بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتسع أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعته ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أضعاف مبيعته بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلث أربعة أضعاف مبيعته ، وإن لم يعلم عمرو حتى باع عما في يديه سدساً لم تبطل شفته في أحد الوجوه وله أن يأخذها كالأول لم يبع شيئاً (والثاني) تبطل شفته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه ، الوجوه قاما

وقد روى حرب أن أحد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروي عن ابن ادريس أنه قال ليس لرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالعتق أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لأن الشفعة إذا لم تثبت للمدعي الذي يقر على كفره فقيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبديوي على القروي وقروي على البديوي في قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الأدلة واشتركا في المعنى المتقضي لوجوب الشفعة

(فصل) قال أحد في رواية حنبل لا تروى في أرض السواد شفعة وذلك لأن أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة إنما تكون في البيع، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعاً للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين يبعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً لزيد تسعة وبكر خمسة لأن لزيد السدس وبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضعفناها إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئاً لأن الملك عليها غير مستقر (والثالث) أن عقاً لم عن الشفعة استحقوا بها وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وإن عقاً عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطلال وخرج إلى الاملال

(فصل) إذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فإن طالب كل واحد منهم بشفته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك، وإن عقاً الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عقاً الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينهما وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين، وتصح من ستة عشر، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان وأمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وإن عقاً أحد المشتريين ولم يغب الآخر ولا الرابع قسم المبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يغب عنه ربع (الجزء الخامس)

(المغني والشرح الكبير)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الفأين الا أن يحكم بيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وانما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكروه منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكروه منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم ينف أحدهما عن صاحبه أخذ بمن لم ينف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ونصف أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم ينف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافين نصفين لكل واحد منها سدس وثمان ونصف من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يستقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكروه منكر فكان اجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخابرة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما وافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنبينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يؤخذ ، وروى تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يبرهن حديثه ، وقال طائفة من أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان بمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأبو زر زبد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر نعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسألة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر ما كوله بعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد به فيه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نباتها فاشبهه بالثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذي يستقنه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفها فان قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخابرة ولا ينعقد الاجماع مع مخالفته ، ويبدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم ؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما وافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخير لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر في تجوز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفتين فجاز ذلك كالضاربه بالاثمان

(مسئلة) قال ابو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم

يحمل للعامل من الثمر)

وجلة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف وعبد واسحاق وأبو ثور وقل داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لأن الزكاة لا تجب في ثمره فأشبهه ملائمة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا يجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجبولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا قاما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يثمه عنه ولكن قال «لأن يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع ، عليه ذكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر في تجوز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التمويل على ما خالفهما، وقولهم انها اجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض ثأته فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فانه يعمل في المال بتمامه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو الجعم عليه؟ فاما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خير بشر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خير بشر ما يخرج من النخل والشجر، ولا به شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ما ذكرناه

(فصل) فاما مالا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فاما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بتمامه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو الجعم عليه، فاما في إبطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بشر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشر ما يخرج من النخل والشجر رواء الدارقطني ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فاما مالا ثمر له كالصفصاف والجوز أوله ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأن المساقاة انما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداها) تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الفرر فيها فمع وجودها وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة ، فإن بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني لشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل للمالك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالأوبدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض ثمنائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة معلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقوله أنه أقل غرراً قلنا قللة الفرر ليست من مقتضي الجواز ، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجودا ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكها على ما شرطناه فلم يجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح

(فصل) فأما قول الحنفي (يجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) أن

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه مجزء منه فيثبت له حقه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها ، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالتك واعمل في ستاني أهدا حتى تكمل ثمرته وما أشبه لان القصد المعنى فإذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كإليع (مسئلة) (وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لا تصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الإجارة يشترط لها كون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أتيى لما ذكرنا (مسئلة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب)

فمضى قوله أجرتك هذه الأرض بثلث أي زارتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالإجارة على سبيل المجاز كما عبر عن الشجاع بالأسد ، فعلى هذا يكون نهي عليه السلام عنها بثلث أو ربهما إنما ينصرف إلى الإجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الأرض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أتيى وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالحسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف وسبع ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء منهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الخاصل فيستضر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل ، ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يحمل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نكره الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم يخرج هذه فنهاها عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، فتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط ، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال ، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

مسئلة (وهل تصح على ثمرة موجودة ؟ على روايتين) (أحدهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الفرر فيها فع وجودها وقلة الفرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يزيد به الثمرة كالتأجير والسقي وإصلاح الثمرة فإن بقي مالا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو عمر ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالمضاربة ولأن هذا يجعل أجرة ولأنه عقد على العمل في المال يرضى نمانه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولأن هذا يجعل أجرة معلوم ومجهول فلم يصح كالمضاربة على العمل بذلك ، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلّة الفرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرة الموجود في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً ، والنسرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز بخلافه هذا الموضوع ولا أثبت عقد ليس في مناه الحاقاً به كالمضاربة بصد ظهور الربح ، ومن نصر الوجه الأول قال ليس انتهى ﷺ على المساقاة على الثمرة المدومة بجزء منها فنيه على جوازها على الموجودة لها

حامد يصح والباقي للعامل ، وقبل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منها فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمسة الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وها يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر يخالف القدر المشروط من الآخر . وإن لم يعلما قدره أولم يعلم أحدهما لم يحز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال سابقتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وها متميزان صح لأنهما كبستانين

(فصل) وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن بشرط ما اتفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يحز لأنه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صنار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بحظه من الثمرة صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الأقسام التي تذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

(مسألة) (وإن ساقاه على شجر يفرسه ويعمل عليه حتى يثمر بحظه من الثمرة صح)

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صنار الشجر على ما يشتهر قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خبير في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له قصصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب عن شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما اكل واحد منهما لانها جملة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالاً بعثاك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن بشرط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن بشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولو دفع الى رجل بستاناً فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر تجرى تجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال ان زرعتها حنطة فلي ربهما وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعثتك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فذلك درهم وان خطته فارسياً فذلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فأخذها وان اختار العامل قلع شجرة فله ذلك سواء بذله القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الترس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يفرسها على أن الشجر بينهما لم يحجز ويحتمل الجواز بناء على المزاوعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره ، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو التحيل ليكون الأصل بالثمره بينهما أو شرط في المزاوعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لجديث ابن عمر في خير وسواء قل الجزء أو أكثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة ، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يحز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصماً معلوماً أو جعل مِم الجزء المعلوم أصماً لم يحز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزاوعة التي يحمل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكثر في الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقي وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع أما بتقدير البذر وأما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل أن قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيراً وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزاً حنطة وقفيزين شعيراً جاز لأن كل واحد من هذه طرق إلى العلم فاكفى به

(فصل) وإن ساقاه على أنه أن سقى سبعا فله الثلث وإن سقى بكافة فله النصف لم يصح لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى يبعث في يعة، ويتخرج أن يصح قياساً على مسألة الاجارة ولو قال لك الحسان أن كانت عليك خسارة وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لأنه شرط عقداً في عقد فصار في معنى يبعث في يعة كقوله بعثك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وإنما فسد المعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ففاننا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فتي شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لأنها تمام ملكه وللعامل أجر مثله كالضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لأنه يأخذ بماله لا بالشرط فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وإن اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لأنه إنما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فإن اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبهه لأنه أقوى سبباً لتسليمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية أن القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة أنبنى على بينة الداخل والخارج فإن كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه قمعاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها، ولكنه لم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً، واذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فاذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاء بالعامل بغير عوض فأشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء، وذكر أصحابنا وجهاً آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخرج من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإز وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لأوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كدعائها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا (فصل) واذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف تمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر غناؤه للقدرة المشروط من الآخر، وان لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا وثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعثك داري هاتين هذه ألف وهذه مائة، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يبينه لم يصح للجهالة لأنه لا يعلم الذي يستحق نصفه، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لأنها كبستانين

(فصل) فان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملاً واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منها جاز لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان، ولو أقر دكل واحد منها بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منها لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منها لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كالمو كالا بنائك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ضاق أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساوىا فيه ، وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح للمساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالليم فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالليم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع (فصل) وتصح المساقاة بانظالمساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالمكتك واعمل في بستاني هذا حتى تكل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعني فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالليم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي في النصيب وان يشترط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالليم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه الليم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه (مسألة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أوماً اليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرج له صاحب الضيعة فلم ينعمه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقيس لأنه مؤد للمعنى فصح به المقد كسائر الالفاظ للمعنى عليها وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجاوز اجارة الارض يعض الخارج منها للزراعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض تحت الشجر والبقر التي تهرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الدولاب، والحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فمليه تسميسه، وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئر وشراء ما يلحق به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لانه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فينصر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ «نقرم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازما لم يحز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة اقرارهم، ولأن النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لتقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلام من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يحز اخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثماء المال فكان جائزا كالضاربة، وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة بقياسها عليها أولى وقولهم لانه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يقتقر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خير مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوم، ولانه عقد جائز فلم يقتقر الى ضرب مدة كالضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب مع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لأنها ليست من العمل فاشبهت ما يلقح به ، والاولى أنها على العامل لأنها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولأن استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وإن احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والثمرة وما كالنكح للثور والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسيد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لأنه ليس من العمل فجري مجرى ما يلقح به وتفرق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبين ما على كل واحد منهما فلي كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لأنه شرط بخلاف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما فإن شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحنفي في المضاربة ، لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، يمكن بشرط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيمختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة اذا فسخ قبل تمام عمله ، فإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجمالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فلذلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه بفسخ الجمالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم أفضاؤها الى الربح ولأن الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولأنه لا شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالأجارة ولأن المساقاة أشبه بالأجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لأنها تفتضي العمل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالملك ولا يمكن تقديره بالسنة لأنه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فلي هذا لا يتقدراً كثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وإن طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً
(فصل) فاما الجذاذ والحصاد والقاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب
الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على
العامل فحائز لان العمل عليه وإن لم بشرط فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل
الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن فسد المساقاة
بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة
واقضاء المعاملة فأشبهه قله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم ، ولان هذا من العمل فيكون
عليهم كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال
العقد فأشبهه المخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله
فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان
غلمان ماله فجاز أن يعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل
عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة
تكل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة
(مسئلة) (فان شرطاً مدة لا تكل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر
لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو
جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تذر دفع العوض الذي انفق عليه
كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا
شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد
مصحح لم يظهر فيه النباء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها
وعليه إتمام العمل فيها كما لو انقضت قبل كمالها

(مسئلة) (وان شرطاً مدة قد تكل فيها الثمرة وقد لا تكل ففي صحة المساقاة وجهان)
(أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني)
لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن

يعملون معه فنقتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرنا فنقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساق ، ولا ينبغي أن بشرطها على رب المال لان العمل على المساق فؤونة من عمله عليه كؤونة غلامه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد ذلك ولانه مجهول، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كاستئنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارة من العقود الجائزة أو ما إليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكل يخرج نفسه من غير أن يخرج صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يحجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بينهما، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرطاً مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت اثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(مسئلة) (وان مات العامل تم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته) وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يقتصر الى ذكر مدة لان ابقاها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتاج الى مدة، فان قدرها بمدة، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بناء في المضاربة والمساقاة ، مثلها ، فعلى هذا تفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما، فاما ان قلنا يلزمها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لارم أشبه الاجارة، فان كان الميت العامل فأبني وارثه القيام مقامه لم يحجز لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازماً كالأجارة ، ولانه لو كان جائزاً أجاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستغنى

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من تمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « قركم على ذلك ما شئنا » ولو كان لازماً لم يجوز بخير تقدير مدة ولأن يحمل الخيرة اليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثمار المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه بالمضاربة وفارق الأجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولأن عوضها مقدور فأشبهت البيع بقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الأجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفتي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كالمفسخ بالمضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة وقيل لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خير مدة معلومة حين عاملوهم ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

(مسألة) (فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينها فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة ؟

على وجهين)

أما اذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينها كما اذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتيج الى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا فان كان قد بدا صلاحها خيرا للمالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبقى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته ، وان كانت لم يد صلاحها خير المالك أضافان يبيع لاجنبي لم يجوز الا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك الا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالأجنبي (والثاني) يجوز كما اذا باع نخلاً مؤبراً جاز للشري أن يبتاع الثمرة التي للبائس من غير شرط القطع وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل اذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لانه عمل بموض لم يضح له فكانت له الاجرة

(الجزء الخامس)

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجمالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسختها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فلذلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما أن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الإعلى مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازوه بعض أهل الكوفة استحساناً لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولأن المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولائها إذا وقعت، مطلقاً لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك أن هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

أن كان العقد جائزاً فرب الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالاً أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل فإن تعذر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرناه، وأما الميث فلا يقتض عليه لأنه لازمة له والأولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿مسئلة﴾ (فإن عمل فيها رب المال بأذن حاكم أو إلهاد رجع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق بنية الرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم وأفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحاكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم هنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكل الثمرة في أقل من السنة ، فلي هذا لا يتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها ان طالت ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا بصار اليه الا بنص أو إجماع ، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ، فان ساقاه على مدة لا تكل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء . له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع ، والاول أصح لان هذا لم يرش الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي انتفع عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شيء . للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كماله وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي حجة المساقاة وجهان (أحدهما) نصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرق والزيادة

والنفليح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وجه ذلك أنه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرق الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرق وآلة الحرق وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الاجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

(مسئلة) (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر

البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد وان شرط ذلك كان تأكيذاً وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا ، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل ، فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به ، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرق ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لانها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد العقود عليه وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا يجوزها لم يفترق الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم يخرج الى مدة كالمضاربة ، وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلهما ، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لفسده كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمره مما كسح الثمر هو على من شرط عليه منها وان أمهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل ، فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلحق به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال ، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليها فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل ، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كنور

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كالأمر فسخها أحدهما على ما أصفاه ، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة ، لكن إن كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فلي هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء العقود عليه فيثبت الفسخ كالأمر تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتجج إلى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو أما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبدأ فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من عمله وما فضل لورثته ، وإن كان لم يبدأ صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لما ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جملة تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه ففقتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك فقتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فؤونة من عمله عليه كؤونة غلمان

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت فقتة عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح (مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجم بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجم بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر ، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يبرجم بذلك ؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وإن تبرع بالانفاق لم يبرجم بشيء . كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء (فصل) وإن هرب العامل فلبى المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم ماله مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل فإن لم يجد فلبى المال الفسخ أما البيت فلا يقتضى عليه لأنه لازمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن أتهم حلف فإن ثبتت خيانتة باقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله فسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم إمكان استيفاء

لأن رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فإن أتهم حلف وإن ثبتت خيانتة ضم إليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانتة فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال إثباتك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل وهذا من تمامه (فصل) وبذلك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلتك كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قول الشافعي ، الثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، وأما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كاستئذنا وإن سلم فالفرق بينهما أن الربح وقاية

المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا قول إن له فسخ المساقاة ، وانما يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال انثا لك وفارق نسخته بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال وهما يفوت ماله .

(فصل) فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وان عجز بالكيفية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه توفية العمل وهذا من توفيقه

(فصل) وان اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل اذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سببا تسلمه للعائط العمل ، وقال الشافعي يتبعان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بيئته ؟ وجهان بناء على بيئته الداخل والخارج ، فان كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كدهماء ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فانه لو تلفت الاصول كلها كان الثمر بينهما . اذا ثبت ذلك فانه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته اذا بلغت نصاباً فمن عليه أحد في المزارعة فان لم تبلغ نصاباً الا بجمعها لم يجب الا على قولنا ان الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فان بلغت حصة أحدهما نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة الا ان يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به التصاب من موضع آخر فيجب عليها جميعاً وان كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث ان كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انقرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر أي أخذونه بذلك الحرص أم يدفعونه اليهم بذلك الحرص ؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم ان اليهود لما خبرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) وملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أنلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالفراض

ولنا أن الشرط صحيح فثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لا يلو لم يملكها قبل القسمة للموجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما الفراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمثلتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فله يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء، وقلة لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما، فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيبا نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب لا يجمعها لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير الموائع في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر هنا فيبدأ بأخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيبا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيبا الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيبا ما يبره النصاب من مواضع أخرى فتجب عليهما جميعا الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان مجموعهما نصيبا فعليه الزكاة في حصته، وإن كان أحدهما يركب من لا زكاة عليه كالسكر والخبز الذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيبا وهذا كله قال مالك والشافعي، وقال البيهقي إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بقدر الزكاة ما بقي ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الحراج يجب أجره للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي الشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الحراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الحرق في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا

(فصل) ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحدث من التباء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط افقرة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجوز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد المقدر سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميعه بل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجوز وبه قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة فيخرس النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرس أم يدفعونه اليهم بذلك الخرس لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كالأجر استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد قل عن أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من قبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كذا الخرق في باب الزكاة ولاتناني بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا إن شاء الله تعالى

(مسألة) قال (ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم)

يعني إذا شرط جزء معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة كمثيرة ونحوها لم يميز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمائه فلم يميز أن يعامل غيره فيه كالضارب ولانه إنما أذن له في العمل فيه فلم يميز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما أن استأجر أرضاً فإنه يزارع غيره فيها لأن منافعتها صارت مستحقة له فلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنها كالاستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بشئ من ماله ولا أجرة له لذلك وله على الناصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبهه ما لو غصب قرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تقصص أخذها ربه وان نقصت فله ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الناصب ، وان استعقت بعد أن اقتسماها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منهما فان ضمن الناصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمن العامل قدر نصيبه لان الناصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجليم فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الناصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الناصب على العامل بشئ لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطمع أساناً (الجزء الخامس) (٧٣) (المغني والشرح الكبير)

ربما لم يحدث من التنا ما يساوي تلك فدرام فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقتره معلومة ولو شرط له درام منفردة عن الجزء لم يجوز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها أن يعمل في شجر معين يجره مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) وإذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجوز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازوه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا أنه عامل في المال بجزء من فائه فلم يجوز أن يعمل غيره فيه كالمضارب ولأنه أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما أن استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعة مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنه بمنزلة المستأجر لها ، والوقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم (فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً ويكون له فيها

شيئاً وقال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مقصوب ، وإن ضمن العامل احتمال أنه لا يضمه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لأن يده ثبتت على الشكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجح على الناصب يبدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ما ساقا إليه رجح العامل على الناصب بأجر مثله لا غير وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بنيت يده على حاطها قال يلزمه ضمها ومن قال لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه انضمام ويكون على الناصب

(مسألة) (وإن شرط إن سقى شيئاً فله الربيع وإن سقى بكلفة فله النصف وإن زرعها شعيماً فله الربيع وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى يمتين في قيمة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما إن قال ما زرعها من شيء فلي نصفه صح لأن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثاني الباقل وبنا قدر ما يزروع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا ينم صحتها كما لو جعل له سهما من ألف سهم، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي اثنتان قلنا المساقاة عقد جائز لم يخرج إلى ذكر مدة، وإن قلنا هو لازم ففي ثلاثة أقسام: أحدها أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فإن حل فيها فله ما شرط له وإن لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وإن عمل فيها فهل يستحق ما شرط له؟ على وجهين، وإن حل في المدة لم يستحق ما جعل له لأن العقد وقم ناسداً فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الأجر وإن قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وإن لم يحمل فيها لم يستحق شيئاً، وإن شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في الثمار والفائدة فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجوز كما لو شرط في المصاربة اشتراكهما في رأس المال، فلي هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقاءها لم يجوز وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجوز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وإن ساقاه على شجر يثمره ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضاً والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شمر جاز لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتمى به

(مسئلة) (وإن قال ما زرع من شمر فلي ربه وما زرع من حنطة فلي نصفه لم يصح) لأن ما يزرعه من كل واحد منها مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها
(مسئلة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشترط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعتك هذا على أن تبيني هذا وتشتريني مني هذا وإن ناسد لعينين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسان إن كانت عليك خسارة وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحد وقال هذا شرطان في شرط وكراهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط أن سقى سبعا له الربع وإن سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرة أو نخلا فما كان من غلة تلك بعمل كذا وكذا سهما من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها وبضمن له أرض تقصبا وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالشترعي إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلم شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إ: رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجوز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينهما وبين صاحب الأرض

(فصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئا وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بالأعوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئا لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجه آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالتكاح إذا لم يسم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعدد المساقاة ويفارق التكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد التكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الإبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر في التكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالإصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن التكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الإصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما أن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معه فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاسمان العمل أن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامة فاسدة وجهاً واحداً ، وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل فنسب كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه زبه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكا ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب قرة فاستأجر من غرهم أدراماً وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وإن نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فلربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء ، لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مقصوب، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها وحافظها فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

(مسألة) قال (ونجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والرابع، وزارع

فصل في المزارعة

(مسألة) (تجوز المزارعة بحزم معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والرابع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ،
ومن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن
يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا
بالبذر فلهم كذا وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة .

وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان يابض
الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومعناها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخبّر
على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهي رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية

ابن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي
ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر
بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا . وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو
حنيفة وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً ، وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان يابض
الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا
نخبّر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهي رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاهم قائماً ما ذاك ؟ قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها ثلث ولا يرب ولا يطعم مسحى »
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزراعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهي رسول الله ﷺ
عنها وقال جابر نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبيرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها
والخبيرة : المزراعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض اللينة . الخبر : الأكار وقيل الخبيرة
معاملة أهل خير وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث
والربيم والصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو لينحها فإن لم يفعل
فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود إسناداً عن زيد بن ثابت قال نهي
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبيرة قلت وما الخبيرة ؟ قال « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع »
ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشطر ما يخرج منها
من زرع أو شتر متفق عليه ، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم
يعطون الثلث والربع .

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم
أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده .

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلث ولا برهم ولا بطعام مسمى» وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا وافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة. وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها،

والمحاربة المزارعة واشتقاقها من الحبار وهي الأرض اللينة والخير الأكل، وقيل المحاربة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه» وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة، قلت وما المحاربة؟ قال «أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع»

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه. وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً ثمراً وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر لغير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهم من الماء والأرض أو يضي لهم الأوسق فمنهم من اختار الأرض ومنهم من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الأرض، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه متى نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبر وعملهم فيها؟ وأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبر به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث وافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المتعني عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد ما قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنها عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تمارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والتزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً وقسم عمر خيبر لخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو يمضي لمن الاوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لان النسخ انما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه متى كان نسخه ؟ فان كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) انه قد فسر المنعني عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكان نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهان عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لان القصة واحدة أمت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثها قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعمل تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكره ققيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وأما سماع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تنكروا المزارع » رواه أبو داود ، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحيازة فأنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنع أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساد كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتمذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراه أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر
(الثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو افتردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعامل تدل على أن النهي كان لذلك منها الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال «ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع» رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحيازة فأنهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال : ان يمنح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً »

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراه المزارع على الإطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساد كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهور

لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن الحيازة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه معها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي يحمل أحاديثكم على الأرض التي بين التخييل وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض يضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره رواية بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضى الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا اليه بجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمه الله عليه وما روي في مخالفته فقد بينا فساداً فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى تركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعضد الجمع لوجب حمله على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فتنى كان نحوه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرناه ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينزل الرواة كلهم انقصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوع لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الأرض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة عليها بعض ثمنائها كاللحاح في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها والا كرهة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا أكد لنا الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه قوتاً ولان الأرض لا ينفق بها إلا بالعمل فيها

عنه المال والله أعلم

(مسئلة) (فان كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل يابض الأرض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة ، فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وذلك ان قال عاملتك على النصف لان المعاملة تشبه لهما ، وان قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدراً ، وان قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف حاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الأرض فصيح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفقة

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومبادئها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء لاربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعاً ، وما روي في مخالفته فقد بنا فساداً فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يدوخ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الارض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ينقض نوائها كالإيمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقترضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه مقتاناً ولكون الارض لا ينتمى بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً والشارع لا ينهى عن المنافع وانما ينهى عن المضار والمفاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشارك في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالعقد بلفظ البيع في السلم ، وهكذا إن قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف ما يزرع فيها ، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف : قد اخل زرع البياض ، فان تشارطاً أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضاً منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة لم يحز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازة مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً ، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يحز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الارض وساقاه على الشجر القوي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاء الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بنا على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن بفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جما بين العقدین أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

(مسألة) (ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الارض نص

فيا ظنه منها عنه . اذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما يجوز بمجرى العامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها
(فصل) وإذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو أكثر نص عليه أحد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشملهما ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفقة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد بشاركة في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالمعبر بلفظ البيع في السلم ، لأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس العامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف لداخل زرع البياض فإن

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الحنفي وعامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واستحقاق لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في ثمنه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروى عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهناتي الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خير على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أبهما أخرج البذر جاز ، روي نحوه ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلمهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله ﷺ شطر ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعمول به في المزارعة قصة خير ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أحل بذكره ولو فقه النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يميز تركه ولأن عمر رضي الله عنه فضل الأمرين جميعاً فروى البخاري عنه أنه عامل الناس على

تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح لأن الداخل يسقي لب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجوز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه ماله إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجوز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز أفراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وبمحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

(مسألة) قال (إذا كان البذر من رب الأرض)

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض والعمل من العامل نص عليه أحد في رواية جماعة واختاره عامة الأصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي وإسحاق لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالساقاة والمضاربة

أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءه وأبالبذر فلهم كذا ، وظاهر هذا أن ذلك اشترط فلم ينكر فكان إجماعا ، فإن قبل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على أنه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدين شاءوا فن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع أن شئت بملك بعشرة صحاح وإن شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما ففقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون يحبثه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطه روميا فلك درهم وإن خطه فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما

(فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وإن قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الأرض فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيقتاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وإن شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية منها في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذنها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل الموعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يميز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فإن البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجر الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وإن كن الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الأجرة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج البذر فهي كآتي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال (مسألة) (فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسا الباقي لم يصح)

لأنه كأنه اشترط لنفسه ففازنا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجه وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع (مسألة) وكذلك لو شرطاً لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرطاً لاحدهما ماعلى الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء)

لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ما عين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثمن دون صاحبه

(المغني والشرح الكبير) صفة كون البذر من مائة من بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك ٥٩١

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر وكان اجماعاً ، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعه فكيف يفعله عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فنأختر عقداً عقده معهما كما لو قال في البيع إن شئت بعتهك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون بحيث يهبط بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحد رجليه الله صفة الإجارة فيها إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من إقياس بخلاف ظاهر النص والاجماع للذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر من مائة من مائة بشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصفة المزارعة أو فسادها لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطه وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمتنا بفسادها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيقاسمان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وإن شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطه ولا تراجع بينهما ، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(مسئلة ١) ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر

لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينبغي فهو كصغار الشجر إذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فإن كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لأن ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافعتها القائمة بزرعها على الزارع وإن فسد والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وإن كان منها فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على ما ذكرنا

(مسئلة ٢) وحكم المزارعة حكم المساقاة

فما ذكرنا من الجواز وال لزوم وأنها لا تجوز إلا بحزم . فعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لاها معاملتها على الأرض ببعض ثمارها

(مسئلة ٣) والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما

الجذاذ والحصاد والقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لأنه من العمل فكان على العامل كالتشخيص ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل فحائز لأن العمل عليه وإن لم يشرط فعلى رب المال بحصة ما يصير إليه وعلى العامل بحصة ما يصير إليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض اجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجوز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض، وإن قال اجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج البذر فهي كالتالي قبلها الآن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسألة) قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويتسما باق لم يجوز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفراً معلومة وذلك شرط فاسد تنسد به المزارعة لان الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفران فيختص رب المال بها وربما لا يخرجها الأرض، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحرفي أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط يتأني مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبهه بقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خيبر الى يهود خيبر على أن يسموا ما من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التسميس وبه يبطل ما ذكره، وفارق النقل الى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فاشبهه بالخرن (فصل) وإن دفع رجل بذره الى صاحب الأرض ليزرع في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لان البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع للمالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل ويتخرج أن تنبني صحة على إحدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسألة) (وإن قال أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وأسميها بآلاتك والزرع بينهما روايتان) (أحدهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن مختار وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارة فالزرع لصاحب البذر لأنه عين ماله ينتقل من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر إذا غرس فطال والبيضة إذا حضنت فصارت فرخاً، والبذر هيناً من المزارع فكلن الزرع له وعليه أجر الأرض لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافصاً النابتة بزرعها على صاحب الزرع، ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع فاحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه يؤدي إلى تلف ماعين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارة تنقسم قسمين (أحدهما) ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أفقره معينة أو أنه إن سقى سيحاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لأنه يعود إلى جهالة المفقود عليه فأشبهه البيع بيمين مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وإن اشترى ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعلاً فهذا عقد فاسد نص عليه أحمد في رواية أبي داود وههنا واحد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشترى في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال الآخر قبلي الأرض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفاء وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لأن موضوع المزارة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو واحد منهما، وليست شركة لأن الشركة تكون بالأمان فإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، ولا هي اجارة لأن الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبه عليه أجر مثلها لأنها دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد إلى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح أن التماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لم يزرع البذر لكونه ماله فلا يحصل له أرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهة الرمح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط القائم في البيع والمضاربة

(فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وإن قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يذري وعواملي ويكون سقيها من مائتيك والزرع بينهما روايتان (إحداهما) لا يصح اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذور ولا ماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصبح المزارعة به ؟ (وثانية) يصح اختارها أبو بكر وقتلها عن أحمد يعقوب بن مختار وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن يزرع الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومينا وأحمد بن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم على الفدان وقال

(فصل) فإن كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يذرم ودوابهم واعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن النضر ولا نعلم فيه خلافا لأن أحدم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فإن زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء نبت في تلك الأرض عاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كالمو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن المادة ترك ذلك لمن يأخذها ولهذا أبيع له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من منبيل وحب وغيرها فجرى ذلك مجرى بذر على سبيل الترك له وصار كالشيء الثاني يسقط منه الثمرة والقمة ونحوها والنوى لو التقطه إنسان ففرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

(مسألة) (وإن زارع شريك في نصيبه صح)

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصيبين فجعل العامل الثلثين صح وكن السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كالمو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر . قال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والنبي صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوائد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدث به مكحول فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالائتمان ، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يورث شيئا من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفترق إلى مدة معلومة وعرض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون لزوم لصاحب البذر لانه بما ماله ولصاحبه عليه أجر مثاها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن الثمن لصاحب البذر ولا نلزمه الصدقة به كباثر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشترى كوا على أن يزرعوها يسدروهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم فهو جائز . بهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشي .

(فصل) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيئا فبنت في تلك الارض

أجنيبا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فاذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح ومالا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المعلوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكترأ الارض وقتنا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والبيه والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشي» معلوم مضمون فلا بأس ، وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب والورق والعروض (المغني والشرح الكبير)

عما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه أحد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كالمو بذره قعداً
ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه
ولهذا أبيع التقاطه ورعيه، ولا نعلم خلافاً في إباحة التقاط ما خلفه المصائد من سنبل وحب وغيرهما فجري ذلك
مجري نبداه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمرة والقمة ونحوهما والنوى لو التقطه إنسان
فقرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول
أكثر أهل العلم قال أحمد فلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم
على أن اكثروا الارض وقتاً معلوماً جائز بالذهب والفضة رويناه هذا القول عن سعيد ورافع بن
خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث
ومالك والبيه والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروى عن طاوس والحسن كراهة
ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال إنما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم
مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله
ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيعه ما يخرج منها إنما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيعه ما يخرج منها إنما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال : كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها
فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة . رواه أبو داود، ولانها عين
يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجزت إجارتها بالائمان ونحوها كالقصور، والحكم في العروض
كالحكم في الايمان . وأما حديثهم فقد فسر الزاوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره
وحديثنا مفسر لحديثهم فإن أوهموا واحداً وقد رواه عاماً وخاصاً فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص
لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إجارتها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز
نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة
والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها بالابن والعسل، وقد
روى عن أحمد أنه قال ربما تبيته، قال القاضي هذا من أحمد بن سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج
مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال : قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كاللوز والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسر الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رأييهما واحد وقد رواه عامما وخاصة فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فاما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمعلوم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إيجارها بالبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته قال القاضي هذا من أحد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والمجبة لما لك ماروي رافع بن خديج عن بعض عمومه قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فلا يكرها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما صنعتون بمحافلكم؟» قلت نؤاجرها على الربيع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت إيجارها به كالأمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربيع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كراثها بالحنطة إذا كثراها لزرع الحنطة

فلا يكرها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما صنعتون بمحافلكم؟» قلت نؤاجرها على الربيع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال «لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت إيجارها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربيع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كراثها بالحنطة إذا كثراها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإيجارها بقفران حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيهارايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبنا وعي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يحمل مكان قوله زارعتك أجرتك نصير

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فياروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولا نهاذريعة الى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخبز ج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربيع فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النعي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث مما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين بعض نعماتها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولأنه لا نص في جوازها ولا يمكن قيامها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجوزها نصا ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شي مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث مما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المقتني والشرح الكبير

وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات)



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المنفي والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٤	٢ (كتاب الصلح)
٣٥	٣ الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو
٣٦	عند الانكار وأقسامه
الحشب عليه	٤ مسائل في الصلح بمعنى الهبة
٣٧	٦ الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث
٣٩	٩ صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك
٤١	١١ حكم الصلح على الشقص المشفوع
٤٣	١٢ حكم مصالحه الاجنبى عن المنكر
٤٥	١٣ فروع في مصالحه الاجنبى عن المنكر
٤٧	١٥ حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه
٤٩	ليس بصلح
وما أشبهها	١٧ أحكام الصلح بمعنى الابراء
٥٠	١٨ » » » الهبة أنواع الصلح الباطلة
٥٢	١٩ الصلح على بعض المدعى أو على منفته
٥٣	٢٠ فروع في الصلح على غير المدعى وعلى إجراء
٥٤	الماء في الارض
٥٥	٢١ الصلح على ترك أغصان الشجر في هواه غيره
٥٦	٢٣ » » » عروق » » أرض »
٥٧	٢٤ صحة الصلح عن المجهول عيناً أو ديناً
٥٨	٢٦ » » » كل ما يجوز أخذ الموض عنه
٥٩	سواء جاز يبعه أو لا
٦٠	٢٧ الصلح عن القصاص بعبد مستحق والصلح عن
٦٢	الدار بموض مستحق
٦٣	٢٨ الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء
٦٤	٢٩ الصلح على اجراء ماء المطر فوق السطح واخراج
٦٥	الميازيب
٦٥	٣٠ الصلح على سقي أرضه من نهر غيره
٦٦	٣١ الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه
بلفظ الحوالة	٣٢ الصلح مع الشاهد على الا يشهد عليه وبطلانه
٦٧	٣٣ منع اشترع الروشن الى الطريق اتافذ
٣٤	منع البناء في الطريق النافذ في الدرب غير النافذ
٣٥	أحكام حفر البئر في الطريق النافذ واخراج الميازيب
٣٦	حكم فتح الباب في الحائط المشترك ووضع
٣٧	حكم وضع خشب السقف على جدار المسجد
٣٩	الاذن في وضع الحشب على الجدار والبناء عليه
٤١	أحكام الحائط بين مالين إذا ادعاه كل منهما
٤٣	دعوى الحائط بين مالين وإذا أخرج على غيرها
٤٥	الحائط المشترك إذا تهدم وطلب أحدهما اعادته
٤٧	فروع في الاجبار على اعادة بناء الحائط المشترك
٤٩	الحائط المشترك بين مالين والنهر والقناة
وما أشبهها	نقل باب الدار في الزقاق غير النافذ
٥٠	امتناع الصعود على سطحه المشرف على سطح جاره
٥٢	جواز الاتفاق على قسمة الحائط المشترك طويلاً
٥٤	(كتاب الحوالة والضمان)
٥٥	من شروط الحوالة أن تكون على دين مستقر
٥٦	فروع في الحوالة على الدين المستقر
٥٧	الشرط الثالث لحوالة أن تكون بمال معلوم
٥٨	الشرط الرابع رضا المحيل
٥٩	اشتراط ملأه المحال عليه
٦٠	وجوب قبول الحوالة إذا كانت على الملىء
٦٢	اشتراط المحتال على المحال عليه واخلافه
٦٣	إحالة المشتري لبائع بالثمن وإحالة البائع على
المشتري به	فروع في الحوالة بضمن المبيع والحوالة عليه
٦٤	اختلاف المحيل والمحتال هل وكله أو أحاله؟
٦٥	فروع في اختلاف المحيل والمحتال في المراد
بلفظ الحوالة	بلفظ الحوالة
٦٧	ادعاء المدين دفع الدين للمحتال وانكار الدائن

صفحة	صفحة
٩٥	٦٨ اختلاف الحيل والمحال والمحتال عليه
٩٦	٦٩ الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن
٩٧	والمضمون عنه
٩٨	٧٠ (باب الضمان)
٩٩	٧١ الامور التي تعتبر لصحة الضمان
١٠٠	٧٢ صحة ضمان المجهول وضمان ما لم يجب
١٠١	٧٣ براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه
١٠٢	٧٤ بيان الامور التي يصح ضمانها كالجمل وارش الجنابة
١٠٣	٧٥ حكم ضمان نفقة الزوجة ومال الكتابة وضمان
١٠٤	الايان المضمونة كالنصب
١٠٥	٧٦ صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد الماعدين
١٠٦	للاخر
١٠٧	٧٧ ضمان الهدية وما يلزم للضامن فيها واحكامها
١٠٨	٧٨ فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح
١٠٩	٧٩ ضمان المحجور والصبي والمكاتب
١١٠	٨٠ صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً
١١١	٨١ كون المضمون عنه لا يبرأ الا باداء الضامن
١١٢	٨٢ لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن
١١٣	والمضمون عنه
١١٤	٨٤ امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لا في دين آخر
١١٥	٨٥ صحة ضمان الاثنين فكثر عن الرجل الواحد
١١٦	٨٦ احكام رجوع الضامن على المضمون عنه بعد
١١٧	أداء الدين
١١٨	٨٩ القدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه
١١٩	٩٠ للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا
١٢٠	طولب
١٢١	٩١ حكم ما اذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى
١٢٢	الدين احدهم
١٢٣	٩٢ فروع في ضمان كل من المدينين للاخر
١٢٤	٩٣ دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه
١٢٥	٩٤ امتناع الجار في الضمان والكفالة
١٢٦	الكفالة بالنفس واحكامها وصحتها
١٢٧	ألفاظ الكفالة بالنفس والبدن وشبههما
١٢٨	بطلان الكفالة بيد من عليه حد لله أولاً دمي
١٢٩	صحة الكفالة حالة ومؤجلة
١٣٠	احكام تسليم المكفول به في مكان غير ممكن
١٣١	التسليم
١٣٢	بطلان الكفالة الى أجل مجهول
١٣٣	فروع في احكام الكفالة الى أجل
١٣٤	الكفالة بشرط براءة فلان الكفيل
١٣٥	اعتبار رضا الكفيل في صحة الكفالة
١٣٦	حكم موت المكفول به وتلق المين بفعل الله تعالى
١٣٧	موت المكفول به يستلزم براءة الكفيل
١٣٨	براءة الكفيل اذا أبرأه للمكفول له
١٣٩	وجوب الحضور على المكفول اذا طلبه الكفيل
١٤٠	حكم القاء المتاع من السفينة في البحر
١٤١	(كتاب الشركة) وثبوتها بالكتاب والسنة
١٤٢	والاجماع وأنواع شركة العقود
١٤٣	حكم مشاركة اليهود والنصارى والدليل على جوازها
١٤٤	شركة الابدان. منها وجوازها واحكامها
١٤٥	وشركة العنان
١٤٦	الدليل على جواز شركة الابدان
١٤٧	صحة شركة الابدان مع اتفاق الصنائع واختلافها
١٤٨	كون الربح في شركة الابدان بحسب ما اتفقوا عليه
١٤٩	اشتراك الرجلين لكل واحد منهما دابة على أن
١٥٠	يؤجراهما
١٥١	اشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين في
١٥٢	الشركة والمضاربة لا يصح
١٥٣	فروع في الشركة بالدابة من أحدهما والعمل من
١٥٤	الاخر
١٥٥	اشتراك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية
١٥٦	ومن الثالث العمل

صفحة	صفحة
١٢١	بيان أنواع الشركة الجائزة والمضاربة والوجوه ١٤٨
والعنان	بطلان القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة
١٢٢	شركة الوجوه ومعناها وجوازاها ١٤٩
١٢٣	فروع في شركة الوجوه وأحكامها وسبب تسميتها ١٥٠
١٢٤	شركة العنان ومعناها وبيان رأس مالها ١٥١
١٢٥	كون العروض لا يصح أن تكون رأس مال في ١٥٣
شركة العنان	الأمور التي يتمتع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل
١٢٦	حكم النقرة والمشوش والفلوس حكم العروض ١٥٤
١٢٧	صحة الشركة مع اختلاف المالكين في الجنس ١٥٥
وتفاوتها في القدر	شراء المضارب أمر أقرب المال وصحته ١٥٦
١٢٨	فروع فيما إذا وقعت الشركة فاسدة ١٥٧
١٢٩	كون شركة العنان مبناه على الوكالة والأمانة ١٥٨
١٣٠	الأمور التي يتمتع على الشريك فعلها ككتابة الرقيق ١٥٩
والعتق على مال	فروع في دفع المضارب المال إلى آخر مضاربة ١٦٠
١٣١	الخلاص في هل يجوز للشريك أن يبيع لواء ١٦٢
١٣٣	كون الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحدهما ١٦٣
١٣٤	شركة المضاربة وهي القراض ١٦٤
١٣٥	معنى المضاربة واشتقاقها والاجماع على جوازها ١٦٥
١٣٦	الجمع بين الشركة والمضاربة والقول بصحته ١٦٦
١٣٧	فروع في شركة المضاربة ١٦٧
١٣٨	(شركة المفاوضة وأنواعها) ١٦٧
١٣٩	والخلاص في صحتها ١٦٧
١٤٠	كون الربح في جميع أقسام الشركة بحسب ما اتفقا ١٦٨
عليه	انقضاء المضاربة بتلف بعض رأس المال قبل التصرف
١٤٢	من شروط صحة المضاربة تقدير نصيب ١٦٩
العامل	كون العامل لا يستحق أخذ شيء من الربح إلا بعد استيفاء رأس المال
١٤٣	فروع في تقدير نصيب العامل في المضاربة ١٧٠
١٤٥	جواز دفع المال إلى اثنين مضاربة في عقد واحد ١٧٢
١٤٦	حكم ما إذا شرط أجزاء من الربح لغير العامل ١٧٣
١٤٧	كون الخسران في الشركة على قدر المالكين ١٧٤
	حكم ما إذا ربح في سلمة وخسر في أخرى

فهرس الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه	٢٠٥ الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايمان والايلاء ونحوها
١٧٦ فروع في أحكام رد الوضعة على الرج	٢٠٦ أحكام التوكيل في حقوق الله تعالى
١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال أو المضارب	٢٠٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه بمحضرة الموكل وغيته
١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الرج الا بإذن رب المال	٢٠٨ اشتراط الايجاب والقبول في الوكالة
١٧٩ كون المضاربة جائزة تنفس بالفسخ والموت والجنون	٢٠٩ جواز القبول بالقول والفعل ، توكيل الوكيل غيره
١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة	٢١٠ تعليق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل
١٨١ انقاسخ القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه	٢١١ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز توكيل عبد غيره
١٨٣ المضاربة تلتف المال قبل الشراء	٢١٢ بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة
١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى صحيح وقاسد	٢١٣ كون الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين
١٨٥ جواز التأقيت في المضاربة	٢١٤ فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد
١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة وأقسامها	٢١٥ بيان الامور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها والتي لا يجوز
١٨٨ فروع ومسائل في المضاربة الفاسدة	٢١٧ الولي في النكاح له التوكيل في تزويج موليته
١٩٠ بطلان المضاربة بالدين	٢١٨ فروع في التوكيل في الحصومة وفي اقاربه على موكله
١٩١ صحة المضاربة بالوديعة	٢١٩ كون الوكيل يملك تسليم ما وكل في بيعه
١٩٢ صحة المضاربة بالمال المنصوب	٢٢١ أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى تلف الثمن
١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب	٢٢٢ اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه
١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك تقراض	٢٢٣ اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار الموكل
١٩٦ الاختلاف بين الشركاء في قبض عن البيع المشترك	٢٢٤ اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة
١٩٧ قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك بينهما بسبب واحد	٢٢٥ فروع في اختلاف الوكيل والموكل
١٩٩ فصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة	٢٢٦ اختلافها في صيغة الوكالة
٢٠١ (كتاب الوكالة)	٢٢٨ اختلافها في البيع نقداً أو نسيئة
٢٠٢ بيان الضوابط لمن صح منه التوكيل والتوكيل	٢٢٩ متى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده
٢٠٣ بيان الامور التي يجوز التوكيل فيها	٢٣٠ حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً
٢٠٤ جواز التوكيل في مطالبة الحقوق وانابها والمحاكمة فيها	

صفحة	صفحة
٢٦٧ كون الوكالة لا تثبت بنجر الواحد وكذلك الزل	٢٣٢ التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه
٢٦٨ الشهادة على التوكيل في الطلاق	٢٣٣ فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل
٢٦٩ حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه	٢٣٧ حكم شراء الوكيل والوصي من قسمها
٢٧٠ سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم	٢٣٨ شراء الحاكم أو أمينه من قسمها
٢٧١ (كتاب الاقرار) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع	٢٣٩ التوكيل في الزويج واذن الوكيل في الشراء من نفسه
٢٧٢ الخلاف في اقرار الصبي المميز وصحته	٢٤٠ توكيل العبد في شراء نفسه من سيده
٢٧٣ فروع في أحكام اقرار المكره والعبد	٢٤١ فروع في تصرف الوكيل لنفسه
٢٧٤ أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه	٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
٢٧٥ بيان من يصح الاقرار له حكم الاقرار للوارث	وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه
٢٧٦ حكم الاقرار بالمثل فروع في الاقرار للوارث	٢٤٣ خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف
٢٧٧ أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه	٢٤٤ تعدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه
٢٧٨ تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه استدراك	٢٤٥ توكيل امرأته لا ينسخ بطلاقها ، توكيل المسلم كافر أصحیح
٢٧٩ فروع في استثناء العين من الورق والعكس	٢٤٦ تلف العين التي وكل فيها يطل الوكالة
٢٨٠ جواز استثناء بعض الدخول في المستثنى منه	٢٤٧ فروع في دفع الترميم الدين إلى الوكيل في القبض
٢٨١ أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها	٢٤٨ التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه
٢٨٢ بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق	٢٤٩ شراء الوكيل غير ما وكل في شرائه وأحكامه
٢٨٣ حكم الاستثناء مد الاستثناء	٢٥١ ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل نطقاً أو عرفاً
٢٨٤ فروع في الابدال من المقر به	٢٥٢ فروع في الامور التي لا يملك الوكيل التصرف فيها
٢٨٥ الاخبار بقضاء الدين لا يكون لإقراراً به	٢٥٣ فروع في التوكيل في الشراء
٢٨٦ فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به	٢٥٤ بيان مالا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه
٢٨٨ أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه	٢٥٥ حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسيئة
٢٨٩ فروع في الاقرار بالمنصوب	بأكثر من النقد
٢٩٠ أحكام الاقرار بالمبهم والمجهول	٢٥٦ البيع بأكثر من الثمن الذي عينه الموكل
٢٩١ الاقرار بالدرهم مطلقاً ينصرف الى الحياد الوافية الحالة	٢٥٧ فروع في تصرفات الوكيل المخالفة لاذن الموكل
٢٩٣ الالفاظ التي يحصل بها الاقرار	٢٦٠ التوكيل في شراء سلعة موصوفة
٢٩٤ فروع في الاقرار بدراهم مطلقة ثم تفسيرها	٢٦١ فروع في الرد بالعيب وثبوت الوكيل والموكل
٢٩٥ فروع في تكرار المقر به واتباعه مثله	٢٦٣ انتقال الملك من الباع إلى الموكل في شراء الوكيل
	٢٦٥ فصول في اشهادة على الوكالة أحكامها

صفحة	صفحة
٣٣٤ حكم إقرار الابن بأخ له وإنكار النسب بعد الإقرار	وذكر المشيئة بعد الإقرار
٣٣٥ إقرار المرأة بولدها وحكمه	٢٩٧ فروع في حكم الاضراب يبل ولكن بعد الإقرار
٣٣٦ الإقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد	٢٩٨ فروع مختلفة في الفاظ الإقرار المقبول منها وغيره
٣٣٧ فروع في الإقرار بالمبهم	٣٠١ استثناء مازاد عن النصف غير جائز
٣٣٨ إقرار الوارث بدين على أبيه	٣٠٣ الاستدلال على امتناع استثناء مازاد على النصف
٣٣٩ فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه	٣٠٤ استثناء النصف فيه وجهان
٣٤٠ الإقرار ببعض المدعى لأحد المدعين	٣٠٥ استثناء المفسر من المبهم والعكس
٣٤١ لزوم اليقين على من القول قوله لحصمه	٣٠٦ فروع في استثناء المفسر والمبهم
٣٤٢ حكم الإقرار بدين في مرض الموت	٣٠٨ الإقرار بالمال ثم تفسيره بوديعة ونحوها
٣٤٤ أحكام الإقرار للوارث	٣١٠ اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به
٣٤٥ حكم ما إذا أقر لوارث ثم صار غير وارث	٣١١ فروع في الإقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان
٣٤٦ بيان الإقرار لوارث وأجنبي	٣١٢ تفسير المقر لإقراره ومتى يقبل
٣٤٧ إقرار المريض بوارث أو بأبجال أمة	٣١٣ أحكام الإقرار بالمجهول وصحته ووجوب تفسيره
٣٤٨ بيان ما يثبت به الإقرار	٣١٥ الإقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير
٣٤٩ اتباع الإقرار بالمشيئة	٣١٧ استثناء المبهم وتفسيره
٣٥٠ فروع في الصبغ التي يحصل بها الإقرار	٣١٨ بيان ما إذا قال على كذا أو كذا كذا أو كذا وكذا
٣٥٣ التعليق في الإقرار . الإقرار بصيغة الشك (كتاب العارية ومساها وحكمها)	٣٢٠ الإقرار بالرهن وقول المالك أنه ودية
٣٥٥ الاستدلال على أن الأمانة مندوبة غير واجبة	٣٢١ فروع في اختلاف المقر والمقر له
٣٥٦ اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها	٣٢٤ إقرار الرجل بحرية العبد ثم شراؤه له
٣٥٧ جواز الرجوع للمير متى شاء	٣٢٥ إقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت
٣٥٨ ضمان العارية بمثلها وردّها إن كانت باقية	٣٢٦ إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركونهم
٣٥٩ أما تصح العارية من جائز التصرف . أمانة كل ما ينتفع به	٣٢٨ فروع في الإقرار بالنسب
٣٦٠ امتناع أمانة العبد المسلم لكافر	٣٢٩ فروع في الإقرار بالوارث
٣٦١ للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله	٣٣٠ إقرار الوارث بمن يحجبه
٣٦٢ أحكام أجارة المأوى ورهنه	٣٣١ إثبات الارث والنسب بالإقرار
٣٦٣ فروع في رهن العارية	٣٣٢ الإقرار بالوارث
٣٦٤ جواز إطلاق العارية وتوقيفها	٣٣٣ شهادة الورثة المدول بنسب من يشاركونهم في الميراث
٣٦٥ فروع في رجوع المير في العارية . وحكمه	

صفحة	صفحة
٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والييم والشراف فيها	٣٧٨ جواز استعارة الدابة ليركبها
٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرش نقصه	٣٧٩ فروع في الاتفاح بالارية وفي مؤنة ردها
٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الناصب	٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاطارة والاجارة
٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الناصب	٣٧٢ دعوى الراكب الاطارة ودعوى المالك النصب
٤٠٣ تصرف الناصب في المنصوب وحكمه وما ذا يجب عليه ؟	٣٧٤ (كتاب النصب) ومضاء ودليله من الكتاب والسنة والاجماع
٤٠٥ فروع في تصرف الناصب في المنصوب بزيادة أو نقص	٣٧٥ تصور غصب الاراضي والدور وضمانها
٤٠٦ خلط المنصوب بشيء: حكم كسب المنصوب ونماؤه	٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم غصب الكلب والحر
٤٠٧ وطء الجارية المنصوبة وما ذا يجب على الواطيء الناصب ؟	٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب
٤٠٩ بيع الناصب للجارية المنصوبة ووطء المشتري لها	٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وما ذا يجب فيه
٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا	٣٧٩ حكم الفرس والبناء في أرض النير بشراذنه
٤١٣ إجارة الناصب للمنصوب باطلة	٣٨٠ فروع في الفرس والبناء في الارض بشير إذن صاحبها
٤١٤ حكم ابداع المنصوب والتوكيل في يمه	٣٨١ تخصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالتها بطلب صاحبها
٤١٥ حكم حبة المنصوب وبطلان تصرفات الناصب	٣٨٢ فروع في غصب الارض
٤١٦ الاتجار بالاعان المنصوبة	٣٨٣ وجوب أجرة الارض على الناصب من حين غصبها إلى تسليمها
٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الناصب إذا لم يقدر على رده	٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها
٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملاً فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها	٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة
٤٢١ حكم ما إذا كان المنصوب من الثليات وما ذا يجب فيه	٣٨٦ بيان قدر الارش في الجنابة على المنصوب
٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجرة مثله ان كانت له أجرة	٣٨٨ الجنابة على العبد المنصوب وما ذا يجب فيها
٤٢٤ حكم ما إذا غصبت شيئاً وشغله بملكه	٣٨٩ حكم جنابة العبد المنصوب وضمانها على الناصب
٤٢٦ ابتلاع البهيمة للجوهرة المنصوبة	٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه
٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في ققم	٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع ثم
٤٢٨ وقوع الدنار المنصوب في الحبرة وترقيع السفينة باللوح المنصوب	٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للناصب
٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تميزه وخلطه بمثله من جنسه	٣٩٥ حكم ثمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة
٤٣٠ خلط المنصوب بخير منه أو دونه أو بغير جنسه	

صفحة	صفحة
٤٣١	خلط المنصوب بما لا قيمة له وحكم صنع الثوب
٤٣٢	فروع في صنع الثوب المنصوب
٤٣٣	أقسام صنع الثوب المنصوب وأحكامها
٤٣٦	إطعام الطعام المنصوب لاجنبي
٤٣٧	فروع في إطعام الطعام المنصوب للمالك
٤٣٨	اختلاف المالك والناصب في قيمة المنصوب
٤٣٩	فروع في دعوى ملك المنصوب المبيع وإقامة اليانة به
٤٤١	أحكام جناية العبد المنصوب
٤٤٢	حكم ضمان اتلاف الحمر والخنزير للذي
٤٤٣	حكم اتلاف الحمر والخنزير من مسلم أو ذمي
٤٤٤	وجوب رد الحمر المنصوبة من الذمي
٤٤٥	إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجبرده
٤٤٦	كسر آنية الذهب والفضة وأوعية الحمر
٤٤٧	فروع في كسر أوعية الحمر وحكمه
٤٤٨	لا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحمر
٤٤٩	فروع في اتلاف مال الغير أو التسبب فيه
٤٥١	الاتلاف بسبب الجدار المائل وما فيه من الأحكام
٤٥٣	إيقاد النار في ملك الغير. الاتلاف بسبب البيمة وضمانه على من هي في يده
٤٥٤	ضمان ما أتلقت البيمة من الزرع والشجر ليلاً
٤٥٦	أحكام اصطدام السفينتين وغرقهما بذلك
٤٥٧	الشهادة بالنصب. إلقاء المتاع من السفينة لنجاة من فيها
٤٥٨	حكم دخول الأرض المنصوبة إذا كان فيها قريب له
٤٥٩	(كتاب الشفعة) وثبوتها بالبيع والإجماع
٤٦٠	حرمة الاحداث على إسقاط الشفعة
٤٦١	شروط ثبوت الشفعة وكونها في المشترك المشاع
٤٦٢	الدليل على أن الشفعة لا تثبت للجار ولو ملاصقاً
٤٦٣	الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً وما يتبعها
٤٦٤	عدم ثبوت الشفعة فيما كان عوضه غير المال كالصداق
٤٦٥	اشتراط كون المبيع مما يمكن قسمته
٤٦٧	الشرط الرابع في ثبوت الشفعة أن يكون شقصاً مستقلاً بموض
٤٦٨	فروع في كون الشقص مستقلاً بموض
٤٧٠	عدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بموض غير المال وفيما لا يجزئ قسمته
٤٧١	لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه
٤٧٢	بيع المريض كبيع الصحيح في ثبوت الشفعة
٤٧٣	فروع في ثبوت الشفعة في بيع المريض
٤٧٤	الامور التي يملك بها الشفيع الشقص
٤٧٥	ملك الشفيع للشقص لا يقتصر الى حاكم
٤٧٦	إقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري وثبوت الشفعة في ذلك
٤٧٧	الصحيح أن حق الشفعة على الفور
٤٧٨	الاستدلال على أن حق الشفعة فوري
٤٧٩	فروع في الأخذ بالشفعة وفوريته ووراخيه
٤٨١	أحكام ما إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع به العقد
٤٨٢	حكم ما إذا لقي الشفيع المشتري وترك المطالبة بالشفعة
٤٨٣	سقوط الشفعة في حق من باع نصيبه
٤٨٥	ثبوت الشفعة للناصب إذا علم بالبيع في وقت قدومه
٤٨٦	سقوط الشفعة إذا لم يشهد الناصب على مطالبتها
٤٨٧	فروع في سقوط الشفعة عند ترك الاشهاد على المطالبة بها
٤٨٨	أحكام تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع
٤٩٠	تصرف المشتري في الشقص بما لا يجزئ به الشفعة
٤٩١	جعل الشقص المشفوع صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد

صفحة	صفحة
٤٩٢ تقديم الرد بالميب على الاخذ بالشفعة	٥١٨ دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب
٤٩٣ تلف المبيع قبل قبضه يطل الشفعة وكذا ان	الفائب أنه اشتراه منه
خرج الثمن مستحقا	٥١٩ فروع في دعوى استحقاق الشفعة
٤٩٤ بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة	٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه
٤٩٥ ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر	أنه يستحق ما في يديه بالشفعة
٤٩٦ حكم أخذ الولي بالشفعة لموليه	٥٢١ اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص
٤٩٧ بيع وصي الايتام لأحد من نصيبا في شركة آخر	٥٢٢ شراء شقص له شفيعان وادعاء عفو أحدهما
وأخذه بالشفعة	٥٢٣ بيان ان تقسيم الشقص على الشفعا اما يكون
٤٩٨ عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ	بقدر حصصهم
٤٩٩ للعامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال	٥٢٤ فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفعا
المضاربة	٥٢٧ حكم ما اذا ترك أحد الشفعا حقه وماذا يفعله
٥٠٠ حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع	الأخرون ؟
٥٠٢ حكم الزرع في الارض المشفوعة وماء المبيع في	٥٢٨ فروع في ان الشفعة لا تسقط لنية الشفعا
يد المشتري	٥٣٠ اذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع
٥٠٣ تلف الشقص المشفوع أو بعضه في يد المشتري	أخذ نصيب أحدهما فقط
٥٠٥ اخذ الشقص المشفوع إما يكون بالثمن الذي	٥٣١ حكم بيع الشقص ثلاثة دفعه واحدة
الذي استقر عليه المقد	٥٣٢ تعدد الشقص المشفوع بتعدد الشركاء كدار
٥٠٦ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر	بين أربعة
عليه المقد	٥٣٤ رجوع الشفيع إما يكون على المشتري والمشتري
٥٠٧ أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلا	على البائع
٥٠٨ ثبوت الشفعة في الشقص لإذابيع مع مالا شفعة فيه	٥٣٥ حكم الشفيع في الرد بالميب حكم المشتري من
٥٠٩ بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة	المشتري
٥١٠ عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة	٥٣٦ انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت
٥١١ امتناع الاحتيال على إسقاط الشفعة	٥٣٧ الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك
٥١٢ فروع في أنواع الاحتيال لاسقاط الشفعة	الميت طلبها
٥١٣ الاستدلال على تحريم الحيل في دين الله تعالى	٥٣٨ إلهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة
٥١٤ عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون	٥٣٩ الوصية بالشقص المشفوع
القول قول المشتري	٥٤٠ حكم شراء المرتد للشقص المشفوع أوردته
٥١٥ فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن	بعد الشراء
٥١٦ دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه	٥٤١ اذن الشريك في البيع ثم مطالبته بالشفعة
٥١٧ ادعاء المشتري ان الشراء لغيره	٥٤٢ توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة

صفحة	صفحة
٥٤٣ ضمان الشفيع للعهد واختياره امضاء العقد لا يسقط الشفعة	٥٧٢ كون خيار الشرط لا يثبت في المساقاة
٥٤٤ بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجني نصيب أحدهم	٥٧٣ فروع في أن المساقاة لا تقتصر الى ضرب مدة على القول بجوازها
٥٤٥ المصالحة على جزء من دار ثبتت الشفعة في الباقي	٥٧٤ هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا والقول قوله
٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شركائه نصيب لا يجزي	٥٧٥ عجز العامل عن العمل . اختلافهما في الجزء المشروط للعامل
٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شركائه	٥٧٦ اتما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها
٥٥١ بيان ان الشفعة لا تثبت لكافر على مسلم	٥٧٧ اشتراط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح
٥٥٢ ثبوت الشفعة للذمي على الذمي وحكمها في أهل البدع	٥٧٨ معاملة العامل في المساقاة لا آخر على الأرض والشجر لا يجوز
٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القريري وسقوطها في سواد العراق	٥٧٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى يشمر جائزة
٥٥٤ (كتاب المساقاة) ومناها	٥٨١ (باب المزارعة والخايرة ومعناها)
٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع	٥٧٢ المزارعة والخايرة ومعناها
٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر	٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة
٥٥٧ عدم جوازها فيما لا ثمرة له كالصفصاف والجوز	٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة
٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تنصح أم لا	٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه
٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم	٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الأرض
٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة	٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة
٥٦٢ اشتراط الامور التي تبطل بها المساقاة	٥٩١ صحة كون البذر منهما نصفين بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك
٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه	٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة
٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر	٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة وأقسامها
٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة	٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحب الأرض لبزعه في أرضه
٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فسخه على العامل أو المالك	٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا ثبتت في الأرض عاملا آخر
٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد والقاط على العامل	٥٩٦ اجارة الأرض خاصة وجوازها بالذهب والووق والعروض
٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة	٥٩٧ اجارة الأرض بالطعام وأقسامها وأحكامها
٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز	
٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا	
٥٧١ بيان ما يتقدر به أقل مدة المساقاة	